الحقوق العينية الأصلية

حق الملكيــة

دراسة مقارنة

في الفقة الإسلامى والقانون المدنى المصرى

الدكتور

لاشين محمد الغاياتى

استاذ ورئيس قسم القانون الخاص

عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

محام بالنقض والدستورية العليا

الدكتور

رضا متولى وهدان

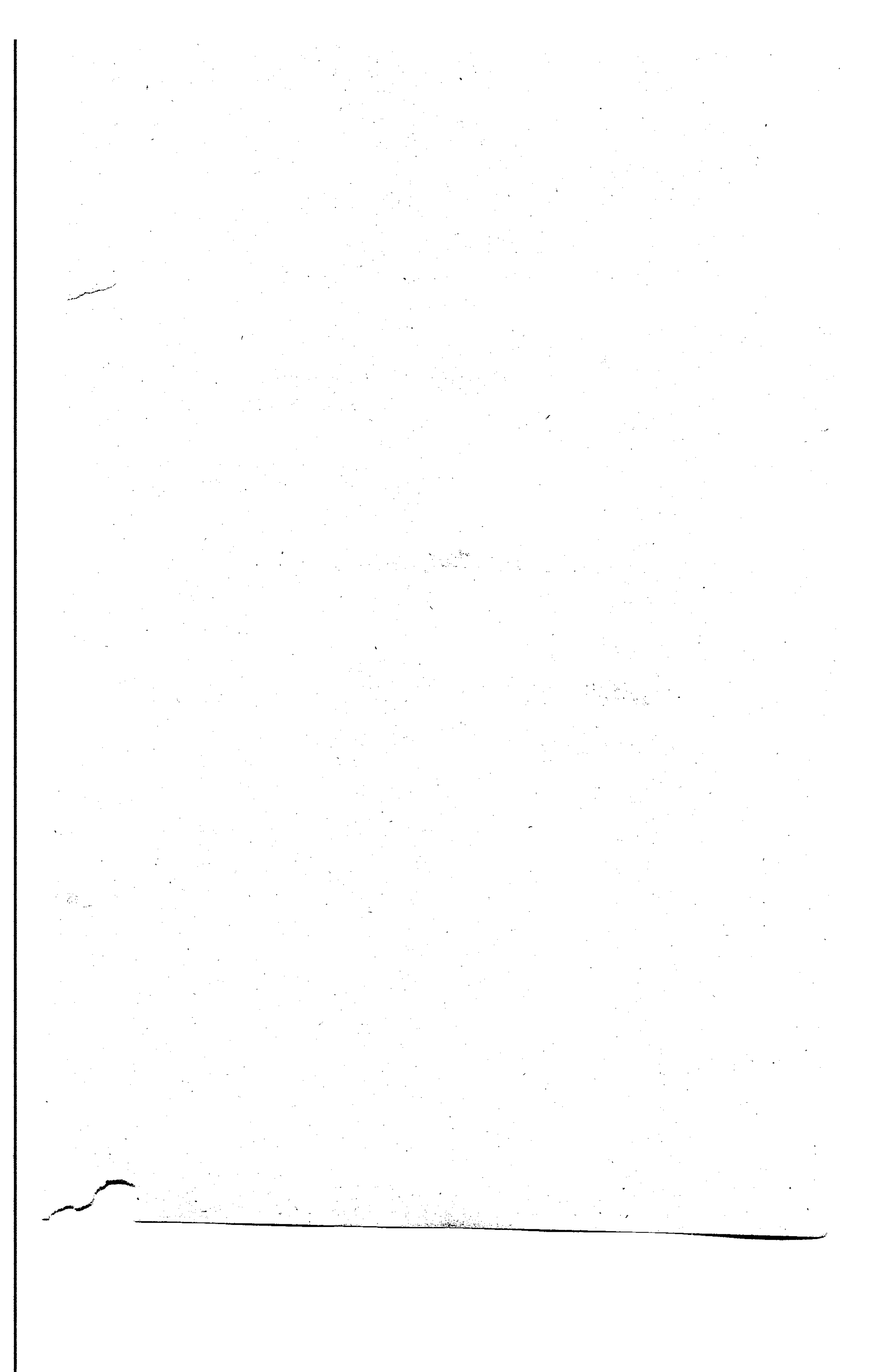
مدرس القانون المدنى

فى كلية الشريعة والقانون

دمنهور

مكتب الأشول للطباعة - طنطا

١٩٩٦ م



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــة

الحمد لله القائل فى كتابه " لله ملك السموات والأرض وما فيهـــن " والصلاة والسلام على رسول الله محمد (صلى الله عليه وسلم) .. وبعد :

فهذه خلاصة موجزة لما القيه على طلاب "الليسانس" فى مادة القانون المدنى بكليات الشريعة والقانون ، ولا أخالنى بحاجة الى أن أذكر بـــأن الرجوع الى هذه الخلاصة لاتغنى عن متابعة الدرس ، فوفقا لأصول الدراســة الاكاديمية بالجامعة ، يجب على الطالب الا يكتفى بما يلقى عليه ، بل لابـــد من رجوعه الى المصادر والمراجع ، حتى ينمى لديه ملكة التأمل والاستنبـــاط ، والاحاطة الواسعة بموضوعات الدراسة والطرق المتعددة فى التفكير والتبويب .

ولاشك أن أذكاء هذه الملكة خاصة عند رجال القانون هى غاية الدراسة الاكاديمية .

وأسأل الله مخلصا أن ينفع به أبناءنا الطلاب .

والله ولى التوفيق ...

تمهيـــــد

١ـ ان الذى يعنينا بالدرجة الأولى قبل أن نتكلم عن نظام الأموال ، وحـق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق أصلية ، أن نؤكد على أن الاسلام لم يفرط فى شىء من تلك الأوضاع المعاصرة ، فقد وضع لها أنظمة دقيقة ، حتى يمكن استثمار الغـرض منها .

فالله (سبحانه وتعالى) خلق كل مافى العالم من اشياء مادية او غير مادية من أجل اشباع حاجـات الانسان ، وقد وهب الله الانسان الذى خلقه فسـوّاه ادراكا يتمكن به استغلال قواه العقلية منها والجسدية ، فيقوم بتحويل هـــذه الأشياء واستنباط وانتاج الجديد منها حتى تلبى حاجياته المتعددة والمتنوعة .

والله ، خالق كل شىء ، والخالق بالضرورة هو المالك ، يقول تعالى : (ذلكم الله ربكم لا اله الا هو خالق كل شىء) (١) ويقول أيضا : (لله ملـــك السموات والأرض وما فيهن) (٢) .

وهو سبحانه المستخلف للانسان على هذا الملك واستعماله عليه طبقا للشروط الشرعية فى الاسلام ، فيقول تعالى : (وهو الذى جعلكم خلائف الأرض ...) (٣) ويقول أيضا : (وسخر لكم مافى السموات وما فى الأرض جميعا منه) (٤) .

---

(١) الآية ١٠٢ من سورة الانعام .
(٢) الايه ١٢٠ من سورة المائدة .
(٣) الآية ١٦٥ من سورة الأنعام .
(٤) الآية ١٣ من سورة الجاثية .

فالاسلام نجده أول مايبدأ ، يبدأ بتوجيه النظر الى الله الخالق والمالك لكل شيء ، وأن الانسان مسئول عما استخلف فيه من أشياء سخرها الله له لاشباع حاجاته ، هذا الاشباع يتقيد بسعى سائر الأفراد الذين يعيشون فى المجتمع .

وهذا الاشباع يقتضى بالضرورة وضع نظام قانونى لهذه الأشياء يحدد موقف الفرد الواحد قبالة بقية أفراد المجتمع ، تحديدا يتحقق به الكفاية للجميع والعدالة بينهم فى هذه الأشياء المسلط عليها استخلافا .

هذا النظام القانونى هو نظام الأموال بصفة عامة ، والملكية بصفة خاصة ، حيث يتم تحديد مدى اختصاص كل فرد فى المجتمع بما يقع تحت سيطرته من قيم مالية ، وما يفرض عليه من قيود تراعى فيها المصلحة العامة طبقا للأسلوب الذى تدار به هذه المصلحة ماإذا كان أسلوبا رأسماليا أو اشتراكيا .

وإذا اختص الانسان بشيء من الأشياء المادية ، أصبح لهذا الانسان فى لغة القانون حقا عينيا على هذا الشيء بالمقابلة مع الحق الشخصى له قبل آخر ، وصاحب الحق العينى على الشيء يختص بكل منافعه أو بعضها ، دون غيره ، وهذا الحق العينى يرد مباشرة على الشيء المادي أو غير المادي ، بحيث لايحتاج صاحبه الى تدخل من جانب شخص آخر لاقتضاء مضمون حقه من حيث التصرف فيه واستعماله واستثماره .

والحق العينى فكرة فنية بحتة تقدم مجرد صياغة قانونية منضبطة لنظام الأموال الذى يمكن تعريفه بأنه كل مايملكه الانسان وينتفع به على وجه معتاد ، سواء كان عقارا أو منقولا . والكلام عن الحق العينى يستدعينا أن نلقى الضوء على مفهوم الأشياء التى ينصب عليها وتكون محلا له (١) .

فالشيء ، هو مايصلح أن يكون محلا للحقوق المالية ، أى قابلا للتعامل فيه

---

(١) مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ص٦ منشأة المعارف

ومن هنا كان نص المادة ٨١ من القانون المدنى المصرى على ما يأتى :

"١ـ كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية "

"٢ـ والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ".

والحقوق المالية المشار إليها فى النص السابق كثيرة ومتنوعة ، منها الحقوق العينية الأصلية ، ومثالها ، حق الملكية وحق الانتفاع ، وحق الحكر ، وحقوق الارتفاق ، ومنها الحقوق العينية التبعية ، مثل حق الرهن الرسمى والرهن الحيازى ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز ، ومنها كذلك الحقوق الشخصية كحق المشترى فى تسلم الشئ المبيع ، وحق المستأجر فى تسليم العين المؤجرة وحق المقرض فى استرداد مبلغ القرض وما إلى ذلك من الحقوق الشخصية التى تسمى أيضا حقوق الدائنية التى يكون فيها دائما طرف دائن وآخر مدين .

كما أن من هذه الحقوق أيضا ، تلك الحقوق التى تقع على شىء غير مادى ، كحقوق المؤلف والمخترع .

والحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة (م ٨٦ مدنى)

٢ـ تقسيم الأشياء المادية :

تنقسم الأشياء المادية الى عقار ومنقول ، فتنص المادة ٨٢ مدنى على ما يأتى :

"١ـ كل شىء مستقر بحيزه ، ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول "

"٢ـ ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله "

فالفرق بين العقار والمنقول ، يرجع الى طبيعة كل منهما ، وكما جاء في الفقرة الأولى أن العقار هو الشيء الثابت المستقر بحيزه ، ولا يمكن نقله من مكان الى آخر الا فى حالة الهدم أو القلع مثل الأرض والبناء والأشجار .

أما المنقول ، فهو كل شيء يمكن نقله من مكان الى مكان آخر دون تلف فهو شيء غير مستقر وغير ثابت بحيزه (١) .

والقانون المدنى المصرى يعرف ما يسمى العقار بطبيعته وهو الأصل ، والعقار بالتخصيص وهو المنقول الذى يتم وضعه فى عقار ويتم رصده لخدمة هذا العقار كتخصيص صاحب الأرض الزراعية آلات زراعية لخدمة الأرض ، ويشترط لذلك اتحاد مالك العقار والمنقول ، وتخصيص المنقول لهذا العقار .

أما المنقول الذى نصت عليه المادة ٨٢ السابقة ، فيمكن القول بأن هناك نوعين من المنقول ، المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل ، والأول هو الأصل ، وهو المشار اليه فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٨٢ مدنى ، فكل ما ليس عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص يكون منقولا بطبيعته ، فهو كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان الى آخر دون تلف ، كالسيارات والبضائع والأثاثات .

أما الثانى ، وهو المنقول بحسب المآل فلا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى أو المصرى نص عام يضع نظرية له ، اللهم الا نصوص متفرقة هنا أو هناك وفى قانون المرافعات ، كما فى حالة المحصول الزراعى ، حيث يعتبر عقارا قبل فصله عن الأرض ومآله الحتمى الفصل عن الأرض فهو اذن منقول بحسب المآل ، فالمحصول عقار بطبيعته منقول حكما ومآله الفصل عن الأرض .

---

(١) السنهورى ، الوسيط حـ٨ ص١١ : ١٤ دار النهضة العربية ١٩٦٧ ، عيسى عبده وأحمد اسماعيل يحيى ، الملكية فى الاسلام ص ١٢٥ دار المعارف ١٩٨٤

وكذلك اجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، هذا وقد نصت المادة ٤٩٩ مرافعات قديم انه " لايجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوما والاكان الحجز باطلا " فالثمار والمزروعات قبل نضجها تعتبر عقارا بطبيعتها لاتصالها بالأرض ، ولكن حجزها يعتبر حجز منقول لأنه ينظر اليها باعتبارها منقولا بحسب ماتؤول اليه وهو حصادها .

٣ـ تنقسم الأشياء المادية الى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك .

فالأشياء المادية القابلة للاستهلاك هي التي اعدت بطبيعتها لأن يكون أول استعمال لها هو استهلاكها (م ١/٨٤ مدني) والاستهلاك اما أن يكون ماديا كالطعام والشراب ، واما أن يكون قانونيا كما في النقود .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي الأشياء التي يمكن استعمالها مرة بعد مرة دون أن تستهلك كالملابس والمفروشات والكتب والاقلام والسيارات .

٤ـ تنقسم الأشياء المادية أيضا الى أشياء مثلية وأشياء قيمية .

فتنص المادة ٨٥ مدني على أن " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة عند التعامل بين الناس بالعد أو المقياس أو الكيل أو الوزن " .

ومن هنا يمكن تعريف الشيء القيمي بأنه الشيء المعين بالذات الذي لايقوم شيء آخر مقامه في الوفاء كبيع ماكينة ري معينة بالذات .

٥ ـ كذلك تنقسم الأشياء المادية الى أشياء عامة وأشياء خاصة .

فالأشياء العامة كما نصت عليها المادة ٨٧ مدني المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ م حيث نصت على مايأتي :ـ

" ١- تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص"

"٢- وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم " فالتخصيص للمنفعة العامة هو معيار ملكية الدولة لها ، تخصيصا رسميا وفعليا كالطرق والكبارى والانهار والأرصفة والشواطئ والقلاع والحصون ، والمساجد والمبانى الحكومية ومراكب النقل وحقوق الارتفاق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه وأمثلة ذلك كثيرة والذى يطلق عليه الدومين العام .

أما الأشياء الخاصة فهى المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة وهى الأشياء غير المخصصة للمنفعة العامة ، وحق الدولة فى هذه الأشيا" هو حق ملكية خاصة ، كما فى الدومين الخاص حيث لايتم تخصيصه للمنفعة العامة وتتصرف فيه الدولة كتصرف الأفراد فى أموالهم الخاصة ، كالأراضى التى ينكشف عنها البحر (٩١٩ مدنى) .

كما يتم تحول الأشياء العامة الى أشياء خاصة عند زوال تخصيصها للمنفعة العامة كنص المادة ٨٨ مدنى المعدلة بالقانون ٣٣١ لسنة ١٩٥٤م (١) .

٦- المال وتقسيمه الى حق عينى وحق شخصى وحق معنوى .

اذا كان الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بموجب القانون ، فان المال فى نظر القانون هو الحق ، لذا يعتبر الحق ماليا اذا كان محله يمكن تقويمه بالنقود .

وهذا الحق ينقسم الى حق عينى وحق شخصى ، ولقد تكلم القانون المدنى المصرى الصادر فى ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ عن هذه الحقوق ، فتكلم عن الحقوق الشخصية (الالتزامات) فى المواد من ٨٩ : ٨٠١ ، وتكلم عن الحقوق العينية فى

---

(١) انظر فى التقسيمات السابقة ، السنهورى ، الوسيط جـ ٨ ص ١١ ، ٨٣ ، ٩١

المواد من ٨٠٢ : ١١٤٩ .

الحق الشخصي ، هو حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين ، دائن ومدين ، بموجبها يحق للدائن مطالبة المدين باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ويسمى هذا الحق بحق الدائنية ، ويطلق عليه أيضا الالتزام ، فقد يستعملان كمترادفين ، اما رابطة الدائنية فهي ماتقوم بين الدائن والمدين ، بحيث اذا نظرنا اليها من ناحية الدائن كانت حقا ، واذا نظرنا اليها من ناحية المدين كانت التزاما ، بمعنى أن الالتزام هو الواجب الذي يقع على عاتق المدين يقابل الحق الذي يكون للدائن .

هذا وقد شاع استعمال لفظ الالتزام للتعبير به عن الحق الشخصي ، والشارع نفسه استخدم لفظ الالتزام للتعبير عن هذه الرابطة في القسم الأول من التقنين المدني المصري (١) .

والحق العيني عبارة عن سلطة لشخص معين يباشرها على شيء معين دون تدخل من أحد ، كحق الملكية ، وهو بذلك ينطوي على عنصرين ، الأول : صاحب الحق ، والثاني : محل الحق ، على عكس الحق الشخصي الذي يتكون من ثلاثة صاحب الحق ، ومن يلتزم به ، ثم محل الحق .

والتمييز بين الحق العيني والحق الشخصي هو الأساس الذي تقوم عليه تقسيمات القانون المدني فيما يتعلق بالأموال ، وهناك محاولات عديدة لهدم التفرقة القائمة بين الحقين ، فثمة اتجاه يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وآخر يقرب الحق الشخصي من الحق العيني ، واذا كانت التفرقة بين الحقين سائدة منذ

---

(١) عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ص٧ دار النهضة العربية ١٩٦٩م

عهد القانون الرومانى فى صياغة تقليدية ، فهى أساسية حتى اليوم فى القانون المدنى واضحة فى تقسيماته ، وفى النهاية تبوء بالفشل محاولات الهدم هذه ، وتبقى الفروق قائمة بين الحق العينى والحق الشخصى ظاهرة فى كافة القوانين المدنية .

ولنرى أصحاب هذه المدارس التى حاولت هدم هذه الفروق ، وحجة كل منهم فيما ذهب اليه .

الاتجاه الأول : يقرب الحق العينى من الحق الشخصى .

وعلى رأس هذا الاتجاه الفقيه الفرنسى "بلانيول" ، حيث يرى أن الحقوق جميعها انما هى عبارة عن روابط بين أشخاص ، وأن الحق العينى توجد به نفس الرابطة القائمة بين طرفين من الأشخاص ، حيث توجد فيه العناصر الثلاثة كما فى الحق الشخصى ، وهى صاحب الحق، ومحل الحق، ومن عليه الحق ، وبالنسبة للعنصر الأخير ، المقصود به ، هم الناس كافة ماعدا صاحب الحق ، فهم يلتزمون بالتزام سلبى محض ، هو أن يمتنعوا عن اتيان أفعال تعكر صفو الحيازة الهادئة التى يتمتع بها صاحب الحق ، ففى حق الملكية مثلا يكون المحل هو الشىء المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة الذين يجب عليهم احترام هذا الحق .

وذهب بعض أنصار هذا الاتجاه فى مغالاة شديدة ، الى أنه لاتوجد فروق بين الحقين وأنهما من طبيعة واحدة ، وأن سائر الحقوق كلها مقررة للروابط بين أفراد المجتمع ، ولايضير الالتزام السلبى المقرر على عاتق الطرف السلبى فى الحق العينى بالامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى حقه ، بالمقابلة مع التزام نفس الطرف فى الحق الشخصى حيث يكون التزاما ايجابيا ، أى التزاما بعمل ، أو التزاما سلبيا ، أى التزاما بامتناع عن عمل ، لأن هذه الفروق ليس لها أهمية تذكر عندهم بدعوى أنها لاتكشف عن الاختلاف فى الطبيعة بين الحقين وانما هى مجرد

اختلاف فى المدى والنطاق ، كعدد الملتزمين وموضوع الالتزام فى كل منهما (١) .

هذا وفى ظل التطور الاقتصادى فان التطبيق يكشف عن حقوق شخصية ترد على ذمة الانسان، ومع ذلك فهذه الحقوق تتمثل فى كيان مادى معين ، كالأوراق المالية (الاسهم والسندات) . وهذا التطور لاشك يذهب بالحد الفاصل بين الحق العينى والحق الشخصى ، والسلطة المزعومة على الشئ فى الحق العينى تتماثل معها سلطات أخرى ، كسلطة السارق ، وكلاهما سلطة فعلية على الشئ . (هذا القول الأخير محل نظر فسلطة السارق ليست محل احترام اما سلطة الحائز فى الحق العينى فيلتزم الناس باحترامها ، علاوة على الفروق الواضحة بين الرابطة والسلطة الفعلية للشخص على الشئ الذى يقع على عاتق الكافة احترامه كواجب عام)(٢) .

<u>الاتجاه الثانى</u> : يقرب الحق الشخصى من الحق العينى .

على عكس ما ذهب اليه زعماء مدرسة " الشخصيين " من تقريب الحق العينى الى الحق الشخصى كان هناك اتجاه آخر " للماديين " وعلى رأسهم "سالى ولامبير" حيث يرون أن الحق الشخصى كالحق العينى ، عنصر من عناصر الذمة المالية يتصرف فيه صاحبه ، ولا يرد على مال معين بالذات وانما على مجموع المال الموجود فى ذمة المدين باعتبارها قيم مالية متساوية ، ومقتضى هذا النظر أن المهم فى الحق هو محله وليس أطرافه ، فالحق الشخصى لاينظر اليه باعتباره رابطة بين شخصين بل ينظر اليه باعتباره عنصرا ماليا ، وهنا تتجرد القيمة المالية للحق الشخصى عن شخص كل من الدائن والمدين ، وبذلك يقترب الحق الشخصى من الحق العينى .

وهذا الاتجاه للمدرسة المادية لايمكن الانكار بأنه مساير للتقدم فى المعاملات وخاصة سرعة تداول الأموال وادارتها ودورانها ، بل جاء هذا الاتجاه مسايرا للتطور

---

(١) عبد الرازق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، مذكرات على الآلة الضاربة ١٩٧٥ ـ ٧٤ (٢) مصطفى الجمال ، المصدر السابق ص ١٨ .

القانونى ، حيث أمكن أن تنتقل القيمة المادية من مدين الى مدين آخر فى حوالة الديـــن .

وبالرغم من ذلك ، فانه لايمكن التسليم بهدم الفروق بين الحق العينى والحق الشخصى ، فمازال هناك فروق جوهرية بين الحقين حتى ولو نظر اليهما معا مـــن ناحية موضوعهما (المحل) ، ذلك أن صاحب الحق العينى بامكانه مباشـــرة سلطته على محل الحق دون وسيط أما فى الحق الشخصى فلا يستطيع الدائـــن مباشرة هذه السلطة الا بواسطة المدين ، بل قد تكون لشخصية المدين أهميـــة كبيرة قد يستمد منها محل الحق قيمته المالية ، كالتزام طبيب باجراء عمليـــة جراحيـــة . (١)

ومن هنا لايمكن التسليم بهدم هذه الفروق القائمة الى اليوم بين الحق العيـنى والحق الشخصـى .

٧- بقاء التمييز واضحا بين الحقين العينى والشخصى .

بالرغم من المحاولات العديدة لهدم التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ومحاولات التقريب بينهما الا أنها فى النهاية انتهت الى لاشئ ، وبقى التمييز قائما وواضحا لامرية فيه ، بل بقى هذا الفرق بينهما وهو محور تقسيمات القانون المدنـى للأموال فيقسمها الى حقوق عينية والى حقوق شخصية ، ويميز بينهما تمييزا دقيقـا ، وليس القانون المدنى المصرى القديم والحالى فقط ولكن هكذا فعلت كل التقنينات المدنية القديمة والحديثة على السواء .

فمن ذهب الى القول بان الروابط القانونية تنحصر بين الأشخاص فقط ، قـول فى الحقيقة يتجاوز الواقع بكثير ، فهذا القول لايصدق الا على الروابط القانونية التى

---

(١) السنهورى ، المصدر السابق ص١٨٣ ، عبد المنعم الصدة ، المصدر السابق ص ١٠ .

يكون مبناها "الأقتضاء" أى تلك التى تعطى لشخص ما مكنه اقتضاء اداء معين من شخص آخر ، ومن المسلم به أن الروابط القانونية ليست جميعها " روابط اقتضاء " بل هناك نوع آخر من هذه الروابط تسمى بروابط "التسلط " تمنح شخصا معينا سلطة قانونية على شىء معين ، وهذا النوع لا يقوم بين شخصين وانما يقوم بين شخص وشىء مادى (١) .

والواقع أيضا أن الالتزام السلبى العام الذى يلتزم به الكافة قبل صاحب الحق العينى ءفيقابل بذلك المدين فى الحق الشخصى ، ليس صحيحا لأن احترام الكافة انما هو نتيجة حتمية لوجود هذا الحق وتعيينه بالذات واستناده الى القانون ، فهذا الالتزام من الكافة انما هو مظهر من مظاهر حماية القانون للحق وليس عنصرا من عناصره ، علاوة على أن الحق العينى بوصفه سلطة على شىء فان ذلك يتطلب أن يكون هذا الشىء حالا وليس مستقبلا .

من أجل ما سبق كان التمييز واضحا بين الحقين ، وبقيت التفرقة قائمة بينهما ومن أجل ذلك نبين خصائص كل من الحق العينى والحق الشخصى وأوجه التفرقة بينهما فى السطور الاتية :ـ

٨ ـ الخصائص التى تميز الحق العينى عن الحق الشخصى .

اذا كانت التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ثابتة ، فالحقيقة أنها واجبة البقاء وذلك لما بين الحقين من خصائص تميز كل منهما عن الآخر نوجزها فيما يأتى :ـ

أولا : الحق العينى محله شىء معين بالذات ، أما محل الحق الشخصى فهو أداء معين ، أى عمل أو امتناع عن عمل ، وذلك يأتى من تلك السلطة المباشرة

---

(١) عبد الرازق فرج ، المصدر السابق ص٢ ، ٣

التي يمنحها الحق العيني ، وهذا بالضرورة يتطلب توافر الامرين الآتيين :

١ـ أن يكون هذا الشيء حالا أى موجودا وقت التعاقد ، أما اذا كان هذا الشيء مستقبلا كان حقا شخصيا .

٢ـ أن يكون هذا الشيء معينا بالذات ، أى بمادته وجوهره ، اما ان كان معينا بالنوع فيكون الشيء حقا شخصيا كبيع عشرة قناطير قطن من النوع طويل التيلة ، فيكون للمشترى حقا شخصيا محله عمل يلتزم به البائع ، وهو ان يقوم بفرز المبيع وتسليمه للمشترى ، فاذا ماتم الفرز اصبح المشترى مالكا للحق العينى ، حيث تعين محل الحق بذاته .

ويترتب على ماسبق ان المهم فى الحق العينى ليس هو تعيين المدين ، فلا يوجد مدين فى الحق العينى ، بل المقصود هو تعيين الشيء المادى محل الحق حيث لايترتب الحق العينى الا على شيء موجود فعلا ومعين بالذات ، أما فى الحق الشخصى فالمهم هو تعيين المدين حتى يترتب فى ذمته الالتزام ولو كان قابلا للتعيين ، فهو فى النهاية رابطة بين شخصين على عكس الحق العينى الذى يتمثل فى كونه سلطة لشخص على شيء مادى ولايحتاج تدخلا من جانب شخص آخر للوصول الى هذا الشيء ، حيث لايوجد الا محل هذا الحق والطرف الايجابى أما فى الحق الشخصى فلابد من وجود الطرف السلبي وهو المدين بجانب الطرف الايجابى والمحل (١) .

ثانيا : الحق العينى حق مطلق ، حيث يحتج به فى مواجهة الكافة ، وللمالك فيه سلطة مباشرة على هذا الشيء ، بموجب هذه السلطة بمنع الآخرين من الاستفادة من مزايا الشيء محل الحق العينى .

---

(١) عبدالمنعم الصدة ، المصدر السابق ٩٠١ ، السنهورى جـ٨ ص٢١٠ من الوسيط .

أما الحق الشخصى فهو حق نسبى بمعنى أنه لايوجد الا فى مواجهة مدين معين يحتج به فى مواجهته وحده فقط (١) .

ثالثا : الحق العينى يمكن التخلى عن محله ، فيتخلص الشخص من الالتزامات العينية التى يرتبها فى ذمته الحق العينى ، أما فى الحق الشخصى فلا يستطيع المدين التخلص منها بالتخلى عن هذه الالتزامات ، لوجود الرابطة الشخصية بينه وبين الدائن الا اذا رضى الدائن بهذا التخلى ، أما فى الحق العينى فيجوز لصاحب السلطة على الشىء أن يتخلى عنها بارادته المنفردة ، ومتى تخلى عنها يزول سبب وجوب الالتزامات العينية فى ذمته ومن ثم يتخلص منها (٢) .

رابعا : الحق العينى يعطى لصاحبه حق التتبع ، بمعنى أن محل الحق العينى لو انتقل الى اى يد أخرى فان لصاحب الحق ان يتتبع الشىء فى يد كل من يحوزه بغير رضاه وموافقته ، بسبب أن هذا الحق يقع على الشىء مباشرة ويظل معلقا على وجوده .

وهذا التتبع ليس سلطة خارجية تضاف الى الحق العينى ، بل ان مباشرة هذا الحق ليس الا مباشرة للحق العينى ذاته طالما بقى الشىء فى يد شخص آخر ، فاسترداد المالك الشىء من تحت يد الحائز ليس فى الواقع استعمالا لحق التتبع بل هو فى الحقيقة استعمال مباشر لحق الملكية ذاته فى صورة دعوى الاستحقاق المعروفة ، ومقاضاة الحائز لاتكون باعتباره مدينا ، بل باعتباره حائزا للشىء الذى تعلق به الحق العينى .

وقد ذهب الفقهاء فى مصر وفرنسا الى ان ميزة التتبع تكون فى الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية ومايتفرع عنها من حقوق كحق الانتفاع وحق الحكر والرقبة وحقوق الارتفاق ، فيستطيع صاحب حق الارتفاق أو الانتفاع مثلا تتبع حقه تحت يد من تنتقل

(١) عبدالرازق فرج ، المصدر السابق ص ٤

(٢) السنهورى ، الوسيط ص ٢١١ جـ ٨

اليه العين ، كمشترى الرقبة فى حالة حق الانتفاع أو تحت يد المشترى للعقـــار المرتفق به .

على أن حق التتبع يظهر بجلاء أكثر فى الحقوق العينية التبعية كحق الرهـــن وحق الامتياز ، فالدائن المرتهن بامكانه أن يتتبع العين المرهونة والتنفيذ عليهـا تحت يد من تنتقل اليه ، بخلاف الدائن العادى الذى لايكون بامكانه تتبـــع العين اذا خرجت من يد المدين (أى خروجها من الضمان العام) وكل مايستطيع عمله هو رفع دعوى عدم نفاذ التصرف المسماة بالدعوى البوليصية فى حالة توافـــر شروطها .

وحق الامتياز يستطيع صاحبه ان ينفذ على العين محل الامتياز ويتتبعها أينما رحلت أو حلت ، ليس فحسب وهى تحت يد مالك العين بل أيضا اذا انتقلـــت ملكية العين الى مالك آخر جديد (١) .

من ذلك يعتبر حق التتبع من الخصائص الرئيسية للحق العينى ، وان هذه الميزة تعتبر من مقوماته الأساسية ، على عكس الحق الشخصى الذى لايخول لصاحبه ميزة التتبع لأنه لايرد مباشرة على الشىء محـــل الحق ، وانما يرد على عمل المدين والتتبع لايتصور فى شأن الاعمال ولو كان موضوعها شيئا من الأشياء ، اذ يبقى محـــل حق الدائن هو العمل وليس الشىء الذى يمنح المتتبع سلطة مباشرة على الشـــىء أما الدائن بحق شخصى فيستقر حقه فى ذمة مدينه فقط ،كما اذا اشترى شخص مـــن آخر عقارا لقطعة أرض ، فلاتنتقل الملكية الى المشترى الا بالتسجيل ، أما قبـــل تمام التسجيل فلا يكون للمشترى الا حقا شخصيا يكون محله عمل يلتزم به البائع وهـــو أن يقوم بنقل الملكية الى المشترى (٢) .

---

(١) السنهورى ، المصدر السابق ص٢١ ، عبد الرزاق فرج ، المصدر السابق ص٥ .
(٢) عبد المنعم الصدة ، المصدر السابق ص ١١ ، مصطفى الجمال ، المصدر السابق ص ١٥ .

خامسا : الحق العينى يمنح صاحبه ميزة التقدم ، فيأمن مزاحمة غيره فى حدود مضمون حقه ، حيث يفضل عليهم ، وهو مايقال له حق التقدم أو الأولوية أو الأفضلية ، وهذه الميزة توجد بالنسبة الى جميع الحقوق العينية ، سواء كانت أصلية أو تبعية .

بالنسبة للحقوق العينية الأصلية ، فان المادة ٩ من قانون الشهر العقارى تقضى بتسجيل جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام المثبته له ، ولايكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن أما التصرفات المقررة أو الكاشفة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية فيجب كذلك تسجيلها .

ويترتب على عدم تسجيلها أن هذه الحقوق لاتكون حجة على الغير (م ١٠ من قانون الشهر العقارى) .

وعلى الأساس السابق ، لو أن شخصا باع عقاره مرتين لشخصين مختلفين ، فسبق أحدهما الى تسجيل عقده ، فانه يفضل على المشترى الثانى الذى لم يسجل ويحصل على العقار لأن التسجيل يجعله مالكا وصاحب حق عينى ، بينما يظل الآخر دائنا شخصيا ، ليس له أى حق على العقار يمكنه من مزاحمة المشترى الأول بل لو أن المشتريين قاما باجراءات التسجيل معا فان الأسبق منهما فى التسجيل حتى لو أن عقد شرائه لاحقا لتاريخ العقد الآخر ، تكون له الأفضلية على المشترى الذى لم يفرغ من اجراءات التسجيل ، ويخوله ذلك استرداد العقار المبيع من تحت يده اذا كان قدتم تسليمه اليه ، ويصدق ذلك أيضا عند تزاحم أصحاب حقوق الانتفاع والارتفاق وغيرها .

واذا كان البيع قد ورد على منقول معين بالذات ، فان الأفضلية تكون فى المقام الأول للمشترى الأول على أساس أن الملكية تنتقل فى المنقول فورا لتعاقد ،

ولكن اذا كان قدتم تسليم المنقول للمشترى الثانى ، فانه والحالة هذه يفضل على المشترى الأول ، تطبيقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز عند توافر شروطها .

فالأسبقية تكون بالتسجيل أو القيد أو الحيازة فى المنقول بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو التبعية ، أما بالنسبة للحقوق الشخصية فانها لاتخول صاحبها افضلية ما ، لأن محل الحق الشخصى عمل يقوم به المدين ، واذا تعددوا كانوا جميعا سواء ، بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم ، فلو أعسر المدين ونفذ على أمواله بالبيع ، فان الدائنين يقتسمون ثمن هذه الأموال بينهم قسمة غرماء ، واذا تعدد الدائنون أصحاب الحقوق العينية التبعية فالأولوية بينهم تكون بحسب الأسبقية فى شهر حقوقهم أو ثبوت تاريخها ، واذا كان هناك دائنون شخصيون ودائنون أصحاب حقوق عينية تبعية ، فان الأولوية تكون لصاحب الحق العينى اطلاقا (١) .

سادسا : الحق العينى يقبل الحيازة المادية خاصة حق الملكية ، وهذه الحيازة تمثل عنوان السلطة القانونية التى يباشرها صاحب الحق على الشىء ، من أجل ذلك كان التقادم احد أسباب التملك فى الحق العينى الأصلى ، وكذلك الحقوق العينية التبعية التى تستلزم حيازة الدائن للشىء المحمل بالحق كما هى الحال فى الرهن الحيازى ، فمتى انقضت المدة اللازمة للتقادم كسب الحائز الحق .

أما بالنسبة للحقوق الشخصية ، ومعلوم أنها رابطة بين أشخاص ، فانها لاتكتسب بموجب الحيازة المادية ، وانما بموجب الظهور بمظهر صاحب الحق الشخصى أو صاحب الدين وهو مايسمى (بالحالة الظاهرة) أو حيازة الدين (الدائن الظاهر) ، لذلك لايجوز أن تكتسب هذه الحقوق بالحيازة أو بالتقادم وانما تكون بالحالة الظاهرة .

---

(١) عبدالرازق فرج ، المصدر السابق ص٧٦ ، عبدالمنعم الصدة ، المصدر السابق ص ١٢ .

ويستثنى من ذلك الدين الثابت في سند لحامله ، حيث يأخذ حكم المنقول المادي فيكسبه كل من يحوزه بموجب سبب صحيح اذا كان حسن النية وقت حيازته (م ٩٧٦ مدني مصري) (١) .

سابعا : الحق العيني يأخذ الصفة المنقولة أو العقارية تبعا لطبيعة المحل ، أما الحق الشخصي فيأخذ الصفة المنقولة .

وقد جاء نص المادة ٨٣ من التقنين المدني المصري موضحا ذلك .

١- يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢- ويعتبر مالا منقولا ماعدا ذلك من الحقوق المالية .

والرأي السائد في فقه القانون المدني الفرنسي هو أن الحق الشخصي المتعلق بعقار يعتبر مالا عقاريا ويرجع ذلك الى عدم صراحة النصوص في التقنين الفرنسي فالمادة ٥٢٦ مدني فرنسي تجعل الحق العيني الوارد على عقار مالا عقاريا والمادة ٥٢٩ تجعل الحق الشخصي المتعلق بمنقول مالا منقولا ، أما الحق الشخصي المتعلق بالعقار فلم يرد بشأنه نص صريح مما جعل الفقهاء طبقا للرأي السائد عندهم الى القول بأنه مال عقاري .

الا أن الرأي في مصر يختلف امام صراحة النصوص وطبقا لصريح نص المادة ٨٣ من أن الحق لايكون عقاريا الا اذا كان حقا عينيا واردا على عقار وفيما عدا ذلك فانه يعتبر حقا منقولا سواء أكان حقا شخصيا متعلقا بمنقول أم حقا شخصيا متعلقا بعقار ، أم حقا شخصيا محله عمل أو امتناع عن عمل أو كان حقا عينيا واردا على منقول .

والقاعدة السابقة امتدت الى الدعاوى باعتبار أنها مرادفة للحقوق ووسيلة لحمايتها ، لذا اعتبرت دعاوى عقارية طالما أنها تتعلق بحق عيني عقاري

---

(١) السنهوري ، المصدر السابق جـ٨ ص ٢١١

سواء كان حقا أصليا أم تبعيا كدعاوى الاستحقاق لحق الملكية ، ودعاوى الارتفاق ايجابا ونفيا ، ودعوى الرهن الرسمي ودعوى حق الاختصاص المرفوعتان على حائز العقار (١) .

٩ ـ الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر ، أم أنه يمكن ابتداع حقوق عينية أخرى ؟

ان الفقه قد ناقش مدى امكانية قيام الأفراد بانشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها المشرع في كل من مصر وفرنسا . ورغم أن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى مازالا الأداة القانونية للتعبير عن حدود اختصاص الأشخاص بالأموال فانه بالنظر الى تعداد هذه الحقوق فانها في الحقيقة تستغرق كل الفروض المتصورة لهذا الاختصاص ، سواء كان شاملا لكل هذه المنافع أو لبعضها فقط ، بحيث لايتصور وجود حقوق عينية أخرى على الشيء المادي .

لذا فان هذا الأمر يتجاذبه اتجاهان في الفقه نرى من الفائدة الالمام به ثم ماتم الاستقرار عليه عندنا في مصر .

الرأى الأول : في ايطاليا وفرنسا ، ويذهب هذا الاتجاه الى أن الحقوق العينية غير واردة على سبيل الحصر ، وأنه يمكن بالاتفاقات الخاصة انشاء حقوق عينية أخرى ، ويمكن كذلك ادخال تعديلات على الحقوق العينية المذكورة في القانون وذلك في حدود النظام العام والآداب .

ورغم شطط هؤلاء الا أن تحفظاتهم التي يبدونها وخاصة عند انشاء حق عيني جديد يظهر أنه من الصعوبة استحداث مثل هذه الحقوق من الناحية العملية لأن ذلك يتعذر تماما ، لأن الحق العيني يحتج به على الكافة بعد شهره

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٧٠ ـ ٤٧١ ، السنهوري المصدر السابق جـ٨ ص ١٩٢ : ٢٠١ .

وذلك صعب عمليا ، وكقولهم ان كل مايمكن وقوعه هو ادخال بعض التحويرات على الحقوق العينية المعروفة ضيقا أو اتساعا .

الرأى الثانى : فى المانيا وفرنسا ، وذهب هذا الرأى الى ان الحقوق العينية الأصلية والتبعية واردة على سبيل الحصر فى القانون ، ولايمكن باتفاق خاص الزيادة عليها أو تعديلها ، لسببين اثنين :

الأول ، أن الحق العينى بطبيعته حجة على الناس كافة ، والاتفاق لاينشىء حقا عينيا لأنه بطبيعته مقصور الحجية على طرفيه فقط ، بخلاف الحق العينى .

الثانى ، أن حق الملكية ومايتفرع عنه من حقوق أصلية أو تبعية من النظام العام الذى يقوم عليه نظام الائتمان والاقتصاد القوى ، لذا فان القانون وحده هو الذى يحصرها ولايمكن للأفراد ابتداع حقوق عينية أخرى ، فلا مجال لسلطان الارادة فى نطاق حق الملكية ومداها وقيودها التى يتكفل القانون وحده بكل هذا .

أما فى مصر فان الاجماع منعقد على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر ولايجوز انشاء حقوق أخرى بموجب اتفاقات خاصة بين الأفراد وذلك للأسباب الآتيـة :

١ــ أن تنظيم الحقوق العينية من قبل القانون يهدف أساسا الى ضمان استغلال الثروة الاقتصادية استغلالا مفيدا واستثمارها فى بناء المجتمع وذلك — يتعلق أساسا بالنظام العام ، والاتفاق على انشاء حقوق عينية اخرى يهدم ذلك من اساسه .

٢ــ أن الحق العينى يحتج به على الكافة ولايقتصر اثره على طرفى التعاقد ولايمكن اخضاع الكافة لاتفاق ينشىء حقا عينيا لم ينص عليه القانون ، لأن هذا الاتفاق بطبيعته يقتصر أثره فقط بين طرفيه كما سبق القول .

٣- أن المشرع في حصره للحقوق العينية التبعية في الحدود القانونية والقواعد التي وضعها يعتبر ذلك من النظام العام الذي لايجوز الخروج عليه زيادة أو نقصا من أجل ضمان استيفاء الحقوق والتوفيق بين مصلحة الدائن والمدين والغير، فحق الاختصاص يكون بحكم قضائي ، وحق الامتياز ينشأ بموجب نصوص قانونية ، أما الرهن الرسمي والرهن الحيازي وان كانا ينشئان باتفاق خاص ولكن في حدود القواعد القانونية الموضوعة ، لذلك ، والتي تعتبر من النظام العام لمساسها بالائتمان الاقتصادي للدولة .

ونرى ان المشرع المصري قد أورد الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية على سبيل الحصر وأنه نظمها حقا حقا وأحصاها احصاء استقصاء لا احصاء تمثيل ولا يمكن ابتداع حقوق أخرى باتفاق الاشخاص(١) .

١٠ - الحقوق المعنوية :

هناك نوع ثالث من الحقوق يجمع بين الحقين السابقين ، فهو في شق منه حق مالي وفي الآخر غير مالي ، وقد نصت المادة ٨٦ مدني مصري بأن " الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة "

لذلك يمكن تعريف الحق المعنوي (الذهني) بأنه الحق الذي يرد على شيء غير مادي ، أو أنه سلطة لشخص على شيء غير محسوس ، والشيء غير المادي هو الذي لايمكن أن يدرك بالحس بل يدرك بالفكر المجرد .

ومن أمثلة هذا النوع من الحق ، الملكية الصناعية التي تخول لصاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد أو استغلال علامة مميزة ، كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والعلامات التجارية والصناعية والاسم التجاري.

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيريه جـ١ص٥٦٠ ، السنهوري ، الوسيط جـ٤ص٢١ ومابعدها ، عبد الرازق حسن فرج ، المصدر السابق ص١٠١ ، مصطفى الجمال ، المصدر السابق ص ٢٥

ايضا ، الملكية الأدبية والفنية ، وهى حق الشخص على نتاج ذهنه وثمرة فكره ، بصرف النظر عن المظهر الذى يتخذه هذا النتاج أو تلك الثمره .

وقد أصدر المشرع المصرى عدة تشريعات تكفل حماية الملكية الصناعية منها القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات التجارية ، والقانون ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وقد انضمت مصر الى الاتفاقات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعيه فى عام ١٩٥٠ .

أما حقوق المؤلفين فقد صدر القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف بعد أن ظل القضاء حاميا لهذا الحق قبل صدور هذا القانون (١) .

١١ — المال فى الفقه الاسلامى

يقال رجل مال أى كثير المال ، وهو ماملكه الشخص من كل شيء وجمعه أموال ، وهو فى الأصل مايملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل مايقتنى ويملك من الأعيان .

وهو عند الفقهاء كل مايمكن أن يملكه الانسان وينتفع به على وجه معتاد وحيازته واحرازه (٢) .

فكل مالايمكن حيازته لايعتبر مالا كالذكاء والعلم والشرف ، وكذلك عديم المنفعة ولو أمكن حيازته كحفنة من تراب أو قطرة من ماء ، فتنتفى عنه صفة المال .

أما منافع الاعيان مثل سكنى الدور وركوب السيارات فلا يمكن حيازتها بالفعل لذلك كانت مثار خلاف بين الفقهاء .

---

(١) رمضان أبو السعود : مقدمة القانون المدنى ص٥٦٩ ومابعدها الدار الجامعية بيروت ، أستاذنا الدكتور لاشين الغاياتى : حق الملكية ص٨ ومابعدها ١٩٨٥ . (٢) مختار الصحاح ، محمد بن أبى بكر الرازى ص٦٣٩ ، دار الحديث ، الشيخ احمد ابراهيم فى المعاملات الشرعية المالية ، ص ٤ دار الانصار ١٩٣٦ ، عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ص٢١٦ دار عمر بن الخطاب .

فذهب الاحناف الى أنها لاتعد مالا لعدم امكان حيازتها وهى أعـراض لاتحدث الا عند طلبها ، أما قبل الطلب فهى معدومة ، لذلك لاتعد مالا .

ويسرى هذا على الحقوق الأخرى كحق المرور والمسيل لأنها منافع يقرها الشرع لمصلحة بعض الأفراد ولايمكن حيازتها (١) .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة : الى أن هذه الحقوق والمنافع تعتبر من الأموال ، لأن مصادرها يجرى عليها الاحراز والحيازة فعلا ، فالحق ان أريد به منفعة فهو مال كحق المستأجر فى سكنى الدور مثلا ، أما ان أريد بهـــذه الحقوق أمورا معنوية شرعية أقرها الشارع كحق الحضانة مثلا فلا يعد مالا لأنـــه لايمكن حيازته .

والمعيار عند هذا الفريق من الفـــقهاء ، هو أن المنافع والحقوق الواردة على الأشياء متى تم امكان حيازة محالها ومصادرها اعتبرت مالا متقوما (٢) .

والرأى الراجح فى ذلك هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء لأن هذا هو مايتفـق مع عرف النا س ومـــا يهدفون اليه فى معاملتهم ، فما لا منفعة فيه لارغبة فيه ولاطلب له ، وقد مال القانون الوضعى الى هذا الرأى وأخذ به ، فالمال هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان حقا عينيا أم حقا شخصيا أم معنويا فى جانبه المالى .

أقسام المال

يمكن تقسيمه طبقا لماذهب اليه الفقه الاسلامى الى الاقسام الاتية :ـ

---

(١) عيسى عبده ، أحمد اسماعيل يحيى ، الملكية فى الاسلام ص١٢٤ ، مصدر سابق
(٢) عبدالكريم زيدان ، المصدر السابق ص ٢١٩ ومابعدها .

١ - أموال عقارية وأموال منقولة
٢ - يقسم الى مثلى وقيمى
٣ - يقسم أيضا الى مال مقوم وآخر غير مقوم .

فالعقار : هو مالا يمكن نقله كالأراضى والمبانى .

والمنقول : هو غير الثابت الذى يمكن تحويله ونقله من مكان الى آخر مثل الزرع والحيوان .

والمال المثلى : هو كل ماله نظير فى السوق بلا تفاوت أو بتفاوت يسير يتساهل فيه مثل المكيلات والموزونات .

والمال القيمى : هو مالا نجد له مثيلا فى الأسواق ، أو يوجد ولكن مع تفاوت كبير يعتد به فى التجارة والمعاملات مثل الابل والبقر والغنم .

أما المال المتقوم : فهو ما كان محرزا فعلا ويجوز الانتفاع به فى حالة الاختيار مثل العقارات والمنقولات والمطعومات الا ما كان محرما منها .

أما المال غير المتقوم : فهو مالم يحرز بالفعل ، أو كان لايباح الانتفاع به الا فى حالة الضرورة مثل السمك فى الماء والطير فى الهواء ، والخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أما بالنسبة لغير المسلم فيعتبر ذلك من الأموال المتقومه . غير أن الشافعى وأبى ثور وابن حزم الظاهرى يرون أن مثل هذه الأشياء المحرمة - الخمر والخنزير لاتعتبر مالا متقوما حتى بالنسبة لغير المسلمين (١) .

١١ - تقسيم الحقوق العينية محل الدراسة :

تنقسم هذه الحقوق الى : حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية .

---

(١) أحمد ابراهيم ، المصدر السابق ص ٥ : ٧ ، عبد الكريم زيدان ، المصدر السابق ص ٢٢٠ : ٢٢٣

والحقوق العينية الأصلية ،هى تلك الحقوق التى تقوم بذاتها مستقلة لاتستند الى حق آخر تكون تابعة له حتى يحكم بوجودها .

وهذه الحقوق هى :

١- حق الملكية ، وهو أوسع الحقوق العينية شيوعا ونطاقا حيث يمنح صاحبه سلطة فعلية على الشىء فيكون من حقه أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه وأن يستثمره .

٢- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وهى تمنح صاحبها أو حائزها سلطة محدودة على شىء مملوك للغير ، وتتمثل هذه الحقوق فى حق الانتفاع وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الحكر ، وحقوق الارتفاق .

أما الحقوق العينية التبعية وتسمى بالتأمينات العينية ، فهى تكون تابعة لحق شخص تضمن الوفاء به ، وهى فى القانون المدنى المصرى واردة على سبيل الحصر وهى ، الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، الرهن الحيازى ، حقوق الامتياز .

١٢ - خطة الدراسة :

نتناول بالدراسة هنا الحقوق العينية الأصلية فنتكلم عن أحكام حق الملكية فى الباب الأول ثم نتكلم فى الباب الثانى عن أسباب كسب حق الملكية (مصادر الملكية) وفى الباب الثالث نتكلم عن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية (الحقوق العينية على ملك الغير) .

الباب الأول

حق الملكية

دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي

ان الملكية التي نتناول دراستها هنا هي الملكية الخاصة التي تثبت للأفراد وينظمها القانون المدني بخلاف الملكية العامة التي تثبت للدولة فنطاق دراستها القانون العام •

تمهيد وتقسيم :

ان الملكية الخاصة قد تثبت في العادة لشخص واحد وقد تثبت لعدد من الأشخاص في شيء واحد بحيث يختص كل منهم بجزء معين من هذا الشيء وبالتالي تكون ملكيتهم شائعة ، واذا كانت الملكية الخاصه ترد في الاصل على شيء مادى ، فان هذا لايمنع من ورودها على شيء معنوى أى غير مادى كحق المؤلف وحق الاختراع والابتكار .

ولذلك نقسم هذا الباب الى ثلاثه فصول :ــ

الفصل الأول : في الاحكام العامة للملكية . **الفصل الرابع :** ملكية الأسرة

الفصل الثانى : في الملكية الشائعة . **الفصل الخامس :** ملكية الطبقات

الفصل الثالث: في الملكية المعنوية .

الفصل الأول

الأحكام العامة للملكية الخاصة

والكلام عن هذه الأحكام يقتضى أن نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : في تعريف حق الملكية وخصائصه وعناصره وأساس تقييده .

المبحث الثانى : في نطاق حق الملكيه .

المبحث الثالث: في القيود التى ترد على حق الملكية .

المبحث الأول

في تعريف الملكية وعناصرها وخصائصها وأساس تقييدها

وهذا المبحث ينقسم الى أربعة فروع :ــ

الفرع الأول : في تعريف الملكية في الشريعة والقانون .

الفرع الثانى : في عناصر الملكية في الشريعة والقانون .

الفرع الثالث : فى خصائص الملكية فى الشريعة والقانون .

الفرع الرابع : فى أساس تقييد الملكية فى الشريعة والقانون .

الفرع الأول

تعريف الملكية فى الشريعة والقانون

وهذا الفرع ينقسم الى ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : تعريف الملكية فى القانون الوضعى .

المطلب الثانى : تعريف الملكية فى الفقه الاسلامى .

المطلب الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانون .

المطلب الأول

تعريف الملكية فى القانون المدنى

ان القانون المدنى سواء كان فى جمهورية مصر العربية أو فى غيرها من البلاد العربية لم يعرف حق الملكية تعريفا مباشرا جريا على عادته فى الاقلال من التعريفات بقدر المستطاع . ومع ذلك فقد نص على ما استخلص منه بعض الشراح تعريفات ارتضوها للملكية .

فالمادة ٨٠٢ مدنى مصرى تنص على أن :-

(لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)
وتطابقها فى القانون السورى الجديد المادة ٧٦٨ مدنى ، ٨١١ مدنى ليبى أما العراقى فقد نص فى المادة ١٠٤٨ على أن :-

(التملك التام من شأنه أن يتصرف فيه المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة) .

وهذا هو النص الحرفي للمادة ١١ من مرشد الحيران وهو التقنين الـــذي قام به قدري باشا على مذهب أبي حنيفة النعمان •

ويقابل نص المادة ٨٠٢ المادة ٢٧/١١ من التقنين المدني القديم التي عرفــت حق الملكيه فقالت أن (الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيـــه بطريقة مطلقــة) •

وقد أخذ الشارع المصري هذا التعريف من المادة ٥٤٤ من المجموعـــة المدنيـه الفرنســــية •

المقارنة بين التقنين المدني القديم والحديــث :

وبالمقارنة بين النصين السابقين يتبين لنا ما يأتي :ـ

(١) ان النص الجديد قد ذكر كل عناصر الملكية وهي :ـ الاستعمال ـ الاستغلال ـ التصـرف •

بخلاف القديم فانه لم يحط بكل عناصر الملكية حيث أنه لم يذكر منها الا الانتفـــاع والتصرف وترك عنصر الاستعمال •

ولكن لو نظرنا الى حقيقة هذا الفارق لوجدناه لا وزن له ولا قيمة له ، لأن الانتفاع ينطوي بداهة على الاستغلال ، والاستعمال [1] كما هو الحال بالنسبة للأرض الزراعية عندما يقوم المالك بزراعتها • اذ يغلب أن يكون استعمال هذه الأرض عن طريـــــق زراعتها ، وهذه الزراعة تؤدي الى الحصول على الثمرات ، اذن الانتفاع بالارض الزراعية يشمل عنصري الاستعمال والاستغلال •

٢) وفي نص المادة ٨٠٢ مدني مصري قد عبر المشرع بكلمة (وحده) وهو بهذا ينوه بأن حق الملكية حق جامع مانع أي شامل لكل السلطات الممكنة ومقصور على صاحبـه ،

---

(١) موجز في حق الملكية ـ د • محمد علي عرفه ـ ص ١٣ طبعة ١٩٥٥ •

وهذه هى أبرز خصائص حق الملكية (١) وهى وحدها الجديرة بالذكر لأنها الخاصة الجوهرية الوحيدة من بين خصائص هذا الحق كما سنوضح ذلك فيما بعد بخلاف النص القديم لم يبين ذلك .

٣) أن النص الجديد يقرر بأن حق الملكية ليس حقا مطلقا لقوله ان مباشرة المالك لحقوقه فى الشئ المملوك له تكون فى حدود القانون بخلاف النص القديم فقد أقر بأن حق الملكية غير مقيد لقوله ان المالك له الحق فى الانتفاع بملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة .

٤) ان النصين الجديد والقديم لم يذكرا صفه الدوام وهى من الخصائص الهامه لحق الملكية بمعنى أن حق الملكية حق دائم لايتأثر بمرور الزمن . (٢)

تعريفات بعض شراح القانون للملكية :

بعد المقارنة بين نص المادة ٨٠٢ من التقنين الجديد ، المادة ٢٧/١١ من التقنين القديم نذكر بعض التعريفات التى استنبطوها شراح القانون من نص المادة (٨٠٢ السابق ذكرها) .

أ - عرف الدكتور السنهورى حق الملكية بقوله : " أن حق الملكية هو حق الأستئثار باستعماله وبأستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك فى حدود القانون . (٣)

ب - وعرف الدكتور كامل مرسى الملكية بقوله : الملكية حق بمقتضاه يوضع شئ تحت ارادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بكل التصرفات فى حدود القانون . (٤)

---

(١) حق الملكية د . عبد المنعم الصده ص ١٦ طبعه ١٩٦٧ .
(٢) الحقوق العينية الاصلية د . كامل مرسى ص ٢٦٤ ج ١ سنه ١٩٥١ . وعرفه فى المرجع السابق ص ١٣ .
(٣) السنهورى ج ٨ ص ٤٩٣ طبعة ١٩٢٧ . حق الملكية .
(٤) ج ١ المرجع السابق د . كامل مرسى ص ٢٦٤ .

- ويقول الدكتور محمد علي عرفه : " تؤثر أن نعرف الملكية بأنها (الحق يخول صاحبه سلطة دائمة على شيء معين يكون له وحده بمقتضاها حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه . (١)

د - وعرفه البعض بأنه : (سلطة مباشرة لشخص على شيء مادى معين يخوله الاستئثار باستعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه . (٢)

المقارنة بين التعاريف السابقة التي ذكرت :

من العرض السابق لهذه التعاريف يتبين لنا ما يأتي :

أولا : نرى بأن تعريف الدكتور السنهوري هو أحسن التعاريف السابقة لانه قد ذكر في تعريفه كل سلطات المالك المخولة له من الاستعمال والاستغلال والتصرف ثم ذكر خصائص حق الملكية من الاستئثار والدوام وأن السلطات المخولة للمالك تكون في حدود القانون .

غير أنه يلاحظ عليه بأنه يبرز في تعريفه موضوع الملك أكثر مما يبرز حقيقته ، لأن حق الاستئثار والتصرف هو النتيجة والأثر المترتب على قيام الملك ، وهو الموضوع الذى يقصد من أقراره . فالملك اختصاص واستئثار بشيء يقتضى أن يكون المختص والمستأثر به مختصا ومستأثرا باستعماله والتصرف فيه وهذا الاقتضاء - بسلطات المالك الثلاث - هو الذى يميز حق الملكية في القانون عن غيره من الحقوق الأخرى .

ثانيا : أما التعاريف الأخرى الثلاث وان كانت قد ذكرت كل العناصر الا أنها لم تذكر الخصائص بل ذكرت البعض وتركت البعض الاخر فالدكتور : كامل مرسى ، والدكتور محمد لبيب شنب قد تركا في تعريفهما لحق الملكية صفه الدوام .

والدكتور محمد علي عرفه ، والدكتور محمد لبيب شنب لم يبينا في تعريفهما أن

---

(١) المرجع السابق د. عرفه ص ١٣ .

(٢) موجز في الحقوق العينية الاصلية د. محمد لبيب شنب ص ١١ ف ٨ ٢ طبعه ١٩٧٢ .

سلطات المالك المخولة له تكون في حدود القانون أي ليست مطلقة •

ثالثا : ان السلطات الثابتة للمالك في الأصل قد تمنع في ثبوتها له مانع الصغر والجنون وغيرهما •

اذن فكان من الواجب أن ينص في التعاريف السابقه لفظ (ألا لمانع) حتى يدخل ملك الممنوعين من هذه السلطات لصغر أو جنون أو غيرهما • فهؤلاء يملكون ويختصون ولا تثبت لهم السلطات لما قام فيهم من موانع تمنع من الاستعمال والاستغلال والتصرف في أملاكهم •

ولكن قد يقال بأن هذا القيد لاحاجه له لأن الموانع لاترد على ثبوت الحق ذاته بل على ممارسته •

ويجاب على ذلك بأن ممارسة الأنسان لحقه قد اعتمدت أساسا في التعاريف السابقة وهي قد تتخلف لمانع الصغر أو الجنون أو مرض الموت وغير ذلك •

رابعا : قد تثبت السلطات الثلاث لانسان ما على الشئ بالوكالة ولكن هل تمتعه بهذه السلطات من الاستعمال والاستغلال والتصرف يعتبر ملكا ؟ ••• لا ؟؟ لذلك كان من الواجب أن يذكر في التعاريف السابقة على ثبوت هذه السلطات للمالك (ابتداء) حتى تخرج حالات تمتع الوكلاء بهذه التصرفات وبعد هذه المقارنات والملاحظات التي ذكرناها على التعاريف السابقة يمكن أن نعرف حق الملكية في القانون بأنه (حق عيني بمقتضاه يوضع شئ تحت ارادة انسان يكون له وحده حق الاستعمال والاستغلال والتصرف ابتداء الا لمانع في حدود القانون)•

المطلب الثاني

تعريف الملكية في الفقه الاسلامي (١)

ان الباحث في كتب فقهاء الشريعة الاسلامية على مختلف مذاهبهم يجد أنهم قد عرفوا الملك بتعريفات شتى (٢) نذكر منها ما يأتي :ـ

أ ـ تعريف الملكية لدى علماء الحنفية : (الملك)

عرفه الكرابيسي في كتابه الفروق (بأنه تسليط على جميع أنواع التصرفات) ٠ وعرفه القابسي في كتابه الحاوى القدسي بقوله " الملك عبارة عن الاختصاص الحاجز " ٠

وعرفه ابن الهمام في فتح القدير في أول كتاب البيع " بأنه قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف الا لمانع " أو هو القدرة على التصرف في المحل شرعا ٠

ب ـ وعند فقهاء المالكية :

عرفه القرافي في كتابه الفروق بقوله (الملك حكم شرعي ـ أو اباحة شرعية ـ مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف اليه من انتفاعه بالمملوك والمعوض عنه من حيث هو كذلك) ٠

جـ ـ وعند فقهاء الشافعية :

عرفه الزركشي في القواعد بأنه " القدرة على التصرفات التي لا تتعلق بها تبعة ولا غرامة في الدنيا ولا في الاخرة ٠

---

(١) الملك معناه لدى علماء اللغة العربية (احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به) وملكه مالكا : احتواه قادرا على الاستبداد به والملكية مصدر صناعي اشتق من المادة منسوبا الى المصدر وهو الملك ويدل على الاستئثار والاستبداد بما يتعلق به من الاشياء وفقهاء القانون يطلقون عليه اسم حق الملكية للدلالة عن الصلة بين الانسان والمال٠

(٢) انظر في تفصيل ذلك رسالتنا " القيود الواردة على الملكية دراسة مقارنة" ص ٤ وما بعدها ٠

د - وعرفه ابن تيميـة من فقهاء الحنابلة بقوله " الملك هو القدرة الشرعية على التصرف فى الرقبة " .

ومن التعاريف السابقه لدى فقهاء الشريعة الاسلامية تستنبط تعريفا جامعا ومانعا للملكية بأنها عبارة عن (اختصاص حاجز بمقتضاه يخول صاحبه شرعا الانتفاع والتصرف به وحده ابتداء الا لمانع يمنع من ذلك) .

فمن هذا التعريف يتضح بأن الملك اختصاص أو علاقة يختص بها الانسان بشىء وان موضوع الاختصاص يكون القدرة على الانتفاع والتصرف بهذا الشىء وان هذا الانتفاع والتصرف قد يتم أصالة أو وكالة .. وقد يمنع منهما مانع كما فى المحجوز عليهم لصغر أو جنون . وكل هذا مبين فى الشريعة الاسلامية .

المطلب الثالث

المقارنه بين الشريعة والقانون فى تعريف الملكية

ومما سبق من تعريف الملكية فى الشريعة والقانون يتضح لنا ما يأتى :-

أولا : أن تعريف حق الملكية فى ظل القانون القديم طبقا للمادة ١١/٢٧ مدنى مصرى يتضح لنا بأن حق الملكية كان حقا مطلقا فى الماضى حيث أن المشرع لم ينص على قيود تحد من سلطات المالك الى أن صدر التشريع الجديد فى ظل النزعات الاشتراكية فنص على قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك من حيث الاستعمال والاستغلال والتصرف .

فضلا عن اقراره القيود الارادية طالما أنها مستوفاة الشروط المشروعة كالباعث المشروع والمدة المعقوله .

أما الشريعة الاسلامية فكانت أسبق فى تقييد الملكية من القانون الحديث بل عاش وترعرع على أكتافها ومبادئها الصالحة لكل زمان ومكان .

فحينما أقرت الشريعة الاسلامية الملكية الخاصة للافراد بدليل قوله تعالى " وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون " (١) .

ووجه الدلالة من ذلك : ان الله سبحانه وتعالى يخاطب المرابين بأموالهم بقوله : وان تبتم - أى رجعتم عن الربا امتثالا - وخضوعا " فلكم رؤوس أموالكم لاتظلمون " غرمائكم بأخذ الزيادة منهم " ولاتظلمون " بنقص شيء من رأس المال ، بل تأخذونه كاملا فقد أضاف الأموال الى المخاطبين (٢) .

وقوله تعالى " فالذين هاجروا وأخرجوا من ديارهم وأوذوا فى سبيلى وقاتلوا وقتلوا لاكفرن عنهم سيئاتهم ولأدخلنهم جنات تجرى من تحتها الأنهار (٣) .

ووجه الدلالة من الآية أن الله تبارك وتعالى قد أضاف الديار الى المهاجرين مما يدل على انها ملكهم خاصة .

وغير ذلك من الآيات القرآنية الدالة على اقرار الملكية الخاصة ولكن رغم ذلك لم تقرها لأصحابها خاصة وبلا قيود كما كان فى القانون القديم بل أقرت من قديم الزمان وعلى مختلف العصور الملكية الخاصة شريطة عدم لحوق الضرر بالآخرين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولاضرار " . وعدم الاحتكار وعدم الاستغلال . وعدم اكتناز الأموال .

فالاسلام يدفع صاحب رأس المال الى استثماره وعدم كنزه بل ويوجب عليه أن يستثمره ويجعله فى خدمة المجتمع الاسلامى .. يقول الله تعالى " والذين يكنزون الذهب والفضه ولاينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم " . (٤)

---

(١) سورة البقرة : ٢٧٩ .
(٢) تفسير المنار للامام السيد محمد رشيد رضا ج ٣ ص ٨٦ طبعة ١٩٧٥ .
(٣) آل عمران الآية : ١٩٥ .
(٤) سورة التوبة الآية : ٣٤ .

وغير ذلك من القيود الكثيرة التي سنوضحها فيما بعد ان شاء اللــــه •

ثانيا : أن حق الملكية حكم شرعي في الشريعة الاسلامية وهو يشتمل اما علـــى العين ومنفعتها ويسمى بالملك التام أو على ملك العين فقط أو المنفعة فقط ويســـمى بالملك الناقص • أما عند رجال القانون فيحتوى على تلك الرقبة والمنفعة • أما ماعداه من أنواع الملك في الشريعة فلا يتناوله حق الملكية الا بصفتها حقوق عينية أصليـــة متفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق والحكر •

ثالثا : ان الملكية عبارة عن اختصاص المالك بملكه اختصاصا يؤدى الى استعماله واستغلاله والتصرف فيه وحده • وفي حدود الشريعة والقانون •

وهذا القدر مشترك في الشريعة والقانون على السواء " الا أن هناك تصرفـــات يمنع الشارع منها ولا يمنع منها القانون كاستعمال المنزل خماره أو كازنو للرقص أو الملاهي الاخرى المحرمة شرعا •

الفرع الثانـــي
سلطـــات المالـــك
(عناصر الملكية) في الشريعة والقانـــون

سنبين في هذا المبحث ما أحتوت عليه الملكية من عناصر او سلطات للمالـــك فـي الشريعة والقانون وذلك في مطالب ثلاثة .

المطلب الاول : عناصر الملكية في الشريعة الاسلاميـــه •

المطلب الثاني : عناصر الملكية في القانون الوضعـــي •

المطلب الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانـــون •

المطلب الأول

عناصر الملكية فى الشريعة الاسلامية

أن الباحث فى الشريعة الاسلامية يجد أن فقهاءها قد أهتموا ببيان السلطات والمكنات والقدرات التى يخولها حق الملك لصاحبه الا أنهم قد أطلقوا عليها حكم الملك وهو الأثر أو الثمرة التى منحها الشارع الاسلامى الحكيم وجعلها أثرا لثبوت ملكية الشخص لما يملكه .

ولذلك يقول الكسانى فى بدائع الصنائع :

" حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ، ولا لأحد ولاية " المنع عنه وأن كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع من التصرف من غير رضا صاحب الحق .

وغير المالك لايكون له التصرف فى ملكه من غير أذنه ورضاه الا لضرورة . (١)

فالكاسانى يبين لنا فى هذا النص أن موجب الملك التصرف فى الشىء المملوك بارادته وليس لأى انسان ولاية الاجبار عليه الا لضرورة اقتضت ذلك كبيع ملكه جبرا عن قضاء لدينه ، كما أن فى ذكر التصرف مايغنى عن ذكر عنصرى الاستعمال والاستغلال ولا يمنع من ممارسة هذه السلطات شرعا الا اذا منع من التصرف بسبب ثبوت حق لغيره .

فالراهن ممنوع من الانتفاع والاستغلال بملكه الى قضاء ماعليه من الديون وفقا للحنفية الذين اشترطوا وضع يد المرتهن على الشىء المرهون وذلك لايكون الا بالحبس الدائم محافظة على ماله . وخالف فى ذلك الشافعية حيث قالوا للراهن حق الانتفاع بالشىء المرهون شريطة أن لا يلحق ضررا بالمرتهن .

---

(١) بدائع الصنائع للكسانى ج ٦ ص ٢٣٦ .

ولو نظرنا الى التعاريف السابقة للملك فى مختلف مذاهب فقهاء الشريعة لوجدناها بصفة عامة توضح لنا كما هو ظاهر من عباراتها أن الملك يخول المالك القدرة على التصرف فى محله بجميع أنواع التصرفات الجائزة شرعا ويمكنه منها وذلك مثل :ـ

١) تعريف الكرابيسى فى كتابه الفروق : " بأنه تسليط على جميع أنواع التصرفات .

٢) وتعريف ابن الهمام " بأنه قدرة شرعية على التصرف " وتعريف البابرتى بقوله : الملك هو القدرة على التصرف فى المحل شرعا .

٣) وتعريف ابن عرفه بأنه : " استحقاق التصرف فى الشىء " بكل أمر جائز " .

٤) وتعريف القاضى حسين بأنه " اختصاص يقتضى اطلاق الانتفاع والتصرف " وقيل غيره يعتمد المكنة والتصرف .

وغير ذلك من النصوص الفقهية المتناثرة وهناك فى الأبواب الفقهية التى توضح مايثبت للمالك من سلطات او قدرات أو مكنات على الشىء المملوك .

وبالجملة فأن الشريعة الاسلامية تحترم حق المالك فى حرية تصرفه فى ملكه بالبيع والهبة والاعارة والايجارة والرهن ... وما الى ذلك من العقود .

كما تحترم حق المالك فى أن ينتفع بملكه بأى وجه من وجوه الانتفاع (١) المشروعة .

ومع اقرار الشريعة لتلك السلطات المخولة للمالك فأنها لم تدع المالك وشأنه بل فرضت قيودا كثيرة حتى تضمن عدم الاضرار بحقوق الآخرين وبالصالح العام .

ومن أجل ذلك حرمت على المالك كل تصرف فى ملكه يؤدى الى ضرر عام أو خاص أو ينطوى على اعتداء على حريه الآخرين . ويكفى قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولاضرار " .

---

(١) د . على عبد الواحد وافى ـ قصة الملكية ص ١٠ و ١٥١ حماية الاسلام للانفس والاعراض ص ٥٨ ومابعدها للمؤلف السابق .

وقوله لسمرة بن جندب : حينما أبى أن يبيع نخله أو يقلعه أو يهبه لصاحب البستان : فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت ضار " .

أى تريد أن تلحق ضررا بغيرك ، ثم قال الرسول صلى الله عليه وسلم لمالك البستان الواقع عليه الضرر من سوء الاستعمال (اذهب فاقتلع نخله ومن ذلك أيضا ما روى من يحيى بن آدم أنه كان للضحاك بن خليفه الانصارى أرض لا يصل اليها الماء الا اذا مر ببستان محمد بن مسلمه .

فأبى محمد هذا أن يدع الماء يجرى بأرضه . فشكاه الضحاك الى عمر بن الخطاب فاستدعى عمر محمد بن مسلمه ، وقال له : عليك ضرر أن يمر الماء ببستانك ؟ قال : لا : فقال له : والله لو لم أجد له ممرا الا على بطنك لأمررته . (١)

ومن القيود التى وردت فى الشريعة الاسلامية : وجوب الحجر على الصبى والمجنون فيما يملكانه لأنهما لايحسنان التصرف .

قال تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم .... الخ (٢) .

وعلى السفيه وهو الذى يبدد ثروته ويتلف ماله ويسىء التصرف فيه ويترتب على ذلك لحوق الضرر بورثته وبالصالح العام .

ومن ذلك أيضا فقد حذر على المالك أن يوصى لاحد ورثته بما يعطيه اكثر من حقه الشرعى بعد وفاته .

والدليل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لاوصيه لوارث) كما منعت المالك من أن يوصى لغير ورثته الا فى حدود الثلث كقول الرسول صلى الله عليه وسلم (الثلث والثلث كثير) . (٣)

---

(١) الموطأ ج ٦ ص ٤٧ .
(٢) سوره النساء الآية ٦ .
(٣) نيل الاوطار ج ٦ ص ١٨ .

والهدف من ذلك هو حماية القواعد والاسس الحكيمة التى وضعها الشارع للميراث من عبث الملاك وأهوائهم ٠

وغير ذلك من القيود التى لاحصر لها على تلك السلطات الثلاثة التى توضح لنا بأن الشريعة التى توضح لنا بأن الشريعة كانت وستظل أوفى وأحكم للغاية من القانون الوضعى ٠

المطلب الثانى
عناصر الملكية فى القانون

ومما لاشك فيه أن حق الملكية يعتبر أوسع الحقوق العينية نطاقا ، بل هو جماع هذه الحقوق العينية ومنه تتفرع جميعا ، وبذلك يتميز هذا الحق بأنه يعطى لصاحبه كل السلطات الجامعة التى يعطيها القانون للشخص على الشئ من استعمال واستغلال وتصرف ٠

وهذه السلطات تظهر بوضوح فى نص المادة ٨٠٢ اذ تقول : المالك الشئ وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه فهذه المادة توضح لنا سلطات المالك على ملكه وهى قوام الملكية ٠

ولذلك نريد أن نتكلم بايجاز عن كل عنصر من هذه العناصر الثلاث وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف ٠

أولا : الاستعمال :

المقصود بالاستعمال : هو أن يستخدم المالك الشئ المملوك حسب طبيعته لانتفاعه الشخصى ٠

وأمثلة ذلك كثيرة كركوب المالك لسيارته أو اقامته فى منزله أو قراءته لكتبه او لبسه

لثوبه او استعماله الحصان للركوب أو لجر العربة وغير ذلك مما يتفق مع طبيعة الشيء المملوك .

وهل يقع لبس بين الاستعمال والتصرف ؟؟

أن استعمال الشيء قد يؤدى الى استهلاكه .. كما لو كان الشيء طعاما فأكله ، أو حديقه فأكل ثمرها أو نقودا فصرفها .

وبهذا يختلط الاستعمال مع التصرف المادى مما أدى الى أن بعض فقهاء القانون قد جعل التصرف المادى ضربا من ضروب الاستعمال ثم حمل عنصر التصرف الذى هو أهم عناصر الملكية على التصرف القانونى الناقل للملكية أو للحقوق العينية الاخرى .

ولكن قد يكون هذا محل نظر كما سنرى فيما بعد عند عنصر التصرف ، والاستعمال اما أن يكون شخصيا أى مباشرا كما مثلنا ، وأما أن يكون غير مباشر كما لو استضاف الشخص غيره فترة من الزمن فى منزله أو أقام مستشفى للمرض أو ملجأ لليتامى . وكل ذلك يقصد به التبرع فقط لا على وجه الاستغلال ويعتبر من قبيل الاستعمال اعمال الحفظ والصيانة ، كما لو قام بتسوية أرض له زراعية حتى تكون صالحة للزراعة أو اقامه سور أو حوائط على جوانبها أو حفر الترع والمصارف من أجلها أو اصلاح سيارته أو ترميم منزله أو اعادة بنائه بعد أن كان آيلا للسقوط (١) .

وكما أن الاستعمال قد يختلط بالتصرف المادى فى حالة استهلاك الشيء باستعماله فكذلك قد يختلط الاستعمال بالاستغلال فى حالة الأرض الزراعيه اذ أن مقتضى استعمالها زراعتها ، وهو مايتضمن حتما استغلالها بالحصول على ماتنتجه من ثمارها ولكن من الممكن تصور الاستعمال فى الأرض الزراعية بدون لبس بالاستغلال كما لو استعملها للترفيه والتنزه أو لتجارب زراعية عليها أو التدريب على ركوب الخيل (٢)

---

(١) الوسيط للسنهورى ج ٨ حق الملكية ص ٤٩٧ ، الحقوق العينية الاصلية ج ١ ص ١٩٥٨ . د . حسن كيره ص ١٧٨ ـ ١٧٩ .
(٢) حق الملكية د . حسن كيره ص ١٧٨ .

وسلطه الاستعمال الثابتة للمالك ليست مطلقة بمعنى أن المالك لا يستعمل ملكه حسب هواه لأن ذلك أمرا يضر بالمصلحة العامة وهذا مما أدى الى أن المشرع قد فرض على سلطة الاستعمال قيودا كثيرة منها أن المالك لا يجوز له ان يفتتح مطلا على جاره الا على مسافة معينة حددها القانون كما ان القانون يمنعه من أن يقيم بناء خارجي عن خط التنظيم ، ولا يجوز أن يستعمل ملكه استعمالا يؤدى الى الضرر بالجار ضررا غير مألوف . (١)

لأن الملكية أصبحت في ظل الوضع الحالي للتشريع ـ وظيفة اجتماعية ـ بمعنى أنها تحكم على المالك ان يباشر سلطاته في حدود القانون وهذا المعنى هو الذى أبرزه المشرع في الماده ٨٠٨ بقوله (في حدود القانون) .

ثانيا : الاستغلال :

أن حق الملكية يخول مالكه بجانب استعمال ملكه ، سلطة الاستغلال، والاستغلال هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء. (٢)

أو بلغة الاقتصاد هو الحصول على دخل أو ربح من وراء الشيء المملوك (٣) وعلى ذلك فمالك الشيء له حق الانتفاع بغلته وثماره ونتاجه وقيامه بالأعمال لذلك لنفسه أو بواسطة غيره ـ كما لو قام بزرع أرضه وجنى محصولها أو قام بتأجيرها او المزارعة عليها ، أو استغل المالك المياه المعدنية الموجودة في أرضه ببيعها وقبض ثمنها .

والاستغلال قد يكون مباشرا أو غير مباشر كما لو قام بتأجير منزله للغير مقابل دفعه الأجرة كما أن الاستغلال يمتد الى جميع مايمتد اليه نطاق حق الملكية علوا أو عمقا ، ولكن الى الحد المفيد للتمتع بهذه السلطة فضلا عن مراعاة القيود التى

---

(١) السنهورى ص ٤٩٨ ج ٨ ص ٣٠٠ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٤٧ ف ٢٧ سنه ١٩٥٩ الصده ص ٢٧ ف ١٩ حق الملكية سنة ١٩٦٧ .

(٣) السنهورى في الوسيط ج ٨ ص ٤٩٩ ـ ٥٠٠ .

وضعها القانون على الاستغلال كفرضه حداً أقصى للأجرة التى يتقاضاها المالك من المستأجر بالنسبة لايجار الاماكن (سبعة أمثال) عشرة امثال الضريبة بالنسبة للاراضى الزراعية واستبقاء المستأجر فى العين الموءجرة حتى بعد انتهاء المدة المحددة فى العقد • وعلى ذلك لايستطيع المالك أن يطلب اخلاء العين أو الارض الزراعية الا لأسباب حددها القانون •

ثالثا : التصرف :

أن حق التصرف يراد به امران :ـ

الامر الاول : هو التصرف فى الشيء ماديا باتلافه أو استهلاكه أو تغييره كالبناء فى الارض أو أكل الطعام او ذبح الحيوان وغير ذلك مما يترتب عليه أثر حسى فى الشيء المملوك •

الامر الثانى : هو التصرف القانونى الذى يترتب عليه أثر قانونى فى الشيء المملوك كنقل ملكية الشيء أو نقل أحد الحقوق العينية الاخرى المترتبة عليه فللمالك أن ينقل ملكه للغير بالبيع أو الهبة كما له أن يقرر على ملكه حق انتفاع أو ارتفاق أو حق رهن للغير •

الا أن بعض شراح القانون يقصدون هنا التصرف القانونى فقط ويجعلون التصرف المادى ضرب من ضروب الاستعمال (١) •

غير ان هذا كان محل نظر لان التصرف المادى فى الشيء يعتبر العنصر الاساسى الذى يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية بخلاف سلطة التصرف القانونى فأنها لاتعتبر عنصرا مكونا لحق الملكية حيث ترد على حق المالك دون الشيء محل الحق

---

(١) حق الملكية للسنهورى ج ٨ ص ١٠ ، الملكيه الفردية د • أحمد سلامه ص ١٢٧ الملكية فى النظام الاشتراكى د • نزيه المهدى ص ٥٥

ولذلك كان رخصة تثبت للمالك كما تثبت لصاحب أى حق آخر (١) من اصحـــــاب الحقوق العينيه الاخرى •

غير أن سلطة التصرف القانونى للمالك اوسع مدى مما لغيره من هوءلاء اذ هـى سلطة كاملة تشمل الرقبة والمنفعة معا فضلا عن أن له وحده سلطة التصرف المادى (٢) فالغير الذى قرر له حق الانتفاع او ارتفاق ليس له الا التصرف فى منافع الشئ دون رقبته بخلاف المالك الذى يستطيع ان يتصرف فى رقبة الشئ ومنافعه فضلا عن أنه هو الوحيد الذى يملك التصرف فى الرقبة •

وخلاصة ماسبق ان الرأى السائد فى الفقه المصرى كما هو الراجح عـــندى أن المقصود بالتصرف هنا معناه الواسع بحيث يشمل التصرف القانونى فى رقبة الشــئ المملوك ومنافعه ويشمل التصرف المادى فى الشئ الذى يملكه وحده دون غيره فسلطة التصرف فى رقبة الشئ المادية والقانونية لاتكون الا للمالك ومن أجل ذلك كانــت سلطة المالك فى التصرف فى الشئ المملوك بنوعيه تعتبر طابعـا خالصا لحق الملكية يميزه عن غيره من الحقوق العينية •

وسلطة التصرف هذه لم تكن مطلقة دون قيود فالمشرع قد قيدها بقيود موءقتـــه ومادام القيد موءقتا فيظل المالك مالكا ولايزول حقه فى التصرف نهائيا وأمثلة ذلـــك كثيرة •

---

(١) موجز فى حق الملكية ، محمد على عرفه ص ٢٠ ــ والحقوق العينية الاصليه ــ عبد المنعم البدراوى سنه ١٩٦٨ فقره ١٧ ص ٢٢ •

(*) حق الملكية عبد المنعم فرج الصده ف ٢٠ ، وشفيق شحاته ف ٨٩ ســـنة ١٩٥١ •

(٢) الحقــوق العينيـــة الاصليـــة ، اسماعيـــل غانـــم ج ١ ف ٢٨ ســـنة ١٩٥٩ •

منها ملكية الاسرة طبقا للمادة ٨٥٣ مدنى التى تقضى بأنه (لا يجوز لاى شريك فى ملكية الاسرة ان يتصرف فى نصيبه لاجنبى عن الاسرة الا بموافقة الشركاء جميعا وهذا القيد موقت بمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة فى حالة الاتفاق أو بمدة ستة أشهر فى حالة عدم الاتفاق اذ يستطيع الشريك عند انتهاء احدى المدتين السابقتين ان يخرج نصيبه من ملكية الاسرة والتصرف فيه طبقا للمادة ٨٥٢ مدنى مصرى وكذلك المادة ١٦ من قانون الاصلاح الزراعى التى لا تجوز لمن وزعت عليه الأرض المستولى عليها ولا لورثته من بعده التصرف فيها قبل الوفاء بثمنها كاملا .

كما ان المشرع قد اجاز أن يتضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع المالك من التصرف فى ملكه وهذا هو شرط المنع من التصرف الذى عنى المشرع بتنظيمه فى التقنين المدنى الحالى وهذه القيود . وغيرها الواردة على الملكية ستكون محل البحث انشاء الله أما لو كان المنع من التصرف الذى فرضه القانون غير موقت أى منعا دائما كالاموال الموقوفة فان حق الملكية يفقد عنصرا اساسيا من عناصره ومن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية فحق المستحق فى الوقف ليس حق ملكية وان كان حقا عينيا وهذا غير حقه الشخصى فى تقاضى استحقاقه من الناظر . (١)

المطلب الثالث

المقارنة بين الشريعة والقانون فى سلطات المالك

ويستخلص مما سبق ذكره من النصوص الفقهية فى الشريعة انهم يطلقون لفظ تصرف قاصدين به التصرف المادى والشرعى على سواء .

ولذلك أطلقوا لفظ التصرف والانتفاع ليكون شاملا لكل السلطات التى تختلف من محل لاخر حيث ان الامر فى الفقه الاسلامى يختلف عن الفقه الوضعى لان محل الملك تتعدد

(١) السنهورى ج ٨ ص ٥٠٢ ف ٣٠٦ .

انواعه فاما ان تكون الملكية تامة اذا اشتمل محلها على العين والمنفعة ، أو ناقصة اذا كان محلها الرقبة دون المنفعة أو منفعة دون الرقبة ونتيجة لهذا الاختلاف حيث ان محل الملك تتعدد صوره تختلف سلطاته او مكانته او عناصره ومزاياه التي تخول للمالك يمكن استخلاصها من الشئ المملوك ، فهي اوسع ماتكون فيما عرف عنه فقهاء الشريعة بالملك التام الذى يقابل اطلاق حق الملكية في القانون الى حد ما ، أما فى الملكية الناقصة التى تشتمل على الرقبة فقط او المنفعة فقط فأن سلطاتها تتسع وتضيق حسب طبيعة ماتتعلق به .

وهذا بخلاف فقهاء القانون الذين يقصرون حق الملك على اجتماع هذه السلطات الثلاث بيد فرد معين على شئ معين فمحل الملك عندهم قاصر على عين معينة بالذات ولذلك قالوا ان حق الملكية أوسع وأهم الحقوق العينية الاصلية فى القانون ، حيث أنه يخول صاحبه حق الحصول على جميع المزايا التى يمكن استخلاصها من الشئ . ومن أجل ذلك عرف المشرع الملكية عناصرها فهو تعريف للشئ بذكر عناصره طبقا للمادة (٨٠٢) التى تنص على أن :

(للمالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه) فللمالك أن يفعل كلما لم يحرمه القانون عليه اذ الحرية هى القاعدة ، واذا كان هناك قيد على هذه الحرية فلا يكون ذلك الا بمقتضى نص أو اتفاق . (١)

ومما سبق يتبين لنا أن الملك فى الشريعة أوسع وأعم منه فى القانون كما ان ذكر التصرف أو الانتفاع يغنى عن ذكر بقية العناصر التى بينها رجال القانون حيث أن الاستغلال ضرب من الانتفاع (٢) والتصرف لايكون الا من أجل الحصول على منفعة والا كان عبثا لايقره الشرع ولا العقل .

---

(١) حق الملكية للصده ص ٢٦ ف ٢٧ .
(٢) حق الملكية للصده ص ٢٦ ف ١٧ .

والتصرف يشمل ما هو استعمال واستغلال فكل مايقع على الشئ المملوك من فعل يعد تصرفا وهذا التصرف والانتفاع ملازم لثبوت الملك في الشريعة لا ينفك عنه الا اذا منعت من ذلك موانع من الحجر أو حق للغير كما بينا في تعريف الملك وبشرط عدم الاضرار بالآخرين في كل تصرفاته • وهذا ما انتهينا اليه من المقارنة بين الشريعة والقانون بالنسبة لعناصر الملكية •

الفرع الثالث

خصائص الملكية في القانون المدني

مما لاشك فيه أن حق الملكيه حق عيني • بل أهم الحقوق العينية واوسعها نطاقا : حيث أنه هو الاصل وباقي الحقوق العينية الأخرى مشتقه منه ومتفرعة عنه الا أن هذه الخصيصة لم يستقل بها وحده • بل هناك مما يشاركه فيها من الحقوق العينية المتفرعه عنه •

أما الخصائص التي يستقل بها دون غيره عادة في الفقه الوضعي • فانها خصائص ثلاث :-

١ - كونه حقا جامعا •

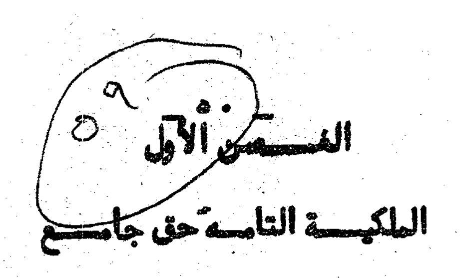
٢ - كونه حقا مانعا •

٣ - كونه حقا دائما •

ولذلك سنوضح معنى هذه الخصائص فيما يلي :-

أولا : مامعنى كونه حقا جامعا مانعا ؟ مع بيان القيود الواردة على ذلك •

ثانيا : مامعنى كونه دائما ؟ وبيان ان الملكية حق مقيد ولم تعد كما كانت في الماضي حقا مطلقا • ووظيفتها الاجتماعية • ثم نزيل بمقارنة بين الشريعة والقانون •



الفصل الأول

الملكية التامة حق جامع

المقصود من ذلك ان الملكية التامة تشتمل على أوسع السلطات التى يمكن الحصول عليها من الشئ ، فلصاحب الشئ حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه كما يشاء ولا يمنعه من ذلك الا قيد قانونى أو شرط ارادى فالاصل فى الملكية الاباحة فللمالك أن يفعل فى ملكه مايريد ـ الا اذا ادى تصرفه الى الحاق ضرر بالغير . اذن فهذه الاباحه غير مطلقة بل هى مقيدة ـ والتحريم هو الاستثناء ، ولابد فى الاستثناء من نص ، وهذا النص لايجوز التوسع فى تفسيرة من هنا كانت الملكية حقا جامعا (1) حيث تشتمل على جميع أوجه الانتفاع التى يمكن استخلاصها من الشئ بخلاف الحقوق العينية الأخرى . فانها لاتعطى لمالكها الا بعض هذه السلطات لا جميعها . كحق الانتفاع الذى يخول صاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال دون التصرف ، كما أن حق الاستعمال أو السكنى لايعطى لصاحبه الا مجرد الاستعمال لاغير . وبذلك تعتبر هذه الحقوق العينية الأخرى مجرد قيد وارد على سلطات المالك أو جزء مستأصل من حق الملكية (2) وبناء على ذلك لم يكن هنالك أمل للمنتفع فى أن يحصل على جميع السلطات التى يمكن استخلاصها من الشئ بمقتضى حق الانتفاع المقرر له وحده .

ولذلك يقول الدكتور اسماعيل غانم : (ويمكن تشبيه الفرق بين الملكية (التامة) وبين الحقوق العينية الأخرى (الناقصة) بالفرق بين محاكم الاختصاص العام ومحاكم الاختصاص الخاص . فالأولى تختص بالنظر فى كافة المنازعات الا ما استثنى والثانية لاتختص الا بمنازعات نص المشرع على سبيل الحصر على اختصاصها بحيث

---

(1) السنهورى ج ٨ ص ٤٩٢ ف ٣٢٥ .

(2) حسن كيرة المرجع السابق ص ١٦٨ ف ٥٥ .

اذا ما الغى اختصاص من اختصاصات المحاكم الخاصة انتقل هذا الاختصاص الى المحاكم العامة دون حاجة الى ذلك [1] كما أن النص الذى يؤكد لنا بأن الملكية التامة حق جامع وهو نص المادة (٨٠٢) اذا تنص على أن :

(لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه) ٠

فهذه المادة بينت لنا أن مالك الشىء يحصل على كل المزايا والمكنات التى يمكن أن تستخلص من الشىء ٠

ويترتب على اعتبار الملكية حقا جامعا أمران هامان :

الامر الاول : أن كل من يدعى بأن له حقا فى ملك الغير ، كحق انتفاع أو استعمال أو سكنا أو أن هناك قيدا ا راديا تقرر على ملك الغير لمصلحته كشرط المنع من التصرف ، فالذى يقع عليه الاثبات هو المدعى فقط لا مالك الشىء حيث أن المدعى خلاف الأصل ، لان الثابت أن المالك يجمع فى يده كل السلطات فلا يكلف بنفى هذا الادعاء فحقه جامع حتى يثبت أن للغير حق على الشىء المملوك ٠ [2]

الامر الثانى : أن كل الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية التامة حقوق عارضة وموقتة بالضرورة ومآلها الى الزوال ، حتى ترجع فى النهاية الى المالك الاصلى لكى تجتمع مزايا ملكه مرة أخرى أو لهذا كانت تلك الحقوق دائمة موقتة بزمن معين أو بحياة أصحابها ٠ [3]

ولكن هل يعتبر الجمع من جوهر حق الملكية أم لا ؟

أ ــ يرى جمهور فقهاء القانون أن " الجمع خاصة للملكية التامة حيث أنهما

---

(١) المرجع السابق د ٠ اسماعيل غانم ص ٣٩ ف ٢١ ٠

(٢) السنهورى ص ٥٣٠ وانظر المواد ٩٩٣ ، ٩٩٩ ، ١٠٢٦ ، ١٠٢٩ مدنى ٠

مستمدة من مضمون حق الملكية وبها تتميز الملكية التامة عن الحقوق المتفرعة عنهـــا والمشتقة منها بل هى ابرز خصائص الملكية واعظمها أثرا فهى جماع سلطات المالك وقوام حقه ٠ (١)

ويرى البعض من رجال القانون أن خاصة (الجمع ليست من جوهر حق الملكيـه ، حيث انها لم تكن قاصرة عليه ، فكل حق يعطى صاحبه كل المضمون الذى يرسمه لــه القانون بدون فرق بين حق عينى أو حق شخصى ٠ (٢)

ولكن يرد على هذا القول بأنه حينما توصف الملكية بأنها حق جامع انما ينظر فيــه الى الشئ المملوك عموما ، بحيث يعتبر الحق الواقع عليه حق ملكية اذا كان لمالكــه أن يستخلص من الشئ كل مايمكن الحصول عليه من المزايا ، وعلى هذا الاساس يكون حق الملكية حقا جامعا وتكون هذه الصفة مقصورة عليه ٠ (٣)

والذى أميل اليه هو رأى جمهور الفقهاء بأن خاصة الجمع تعتبر من أبرز خصائصه التى بها يتميز حق الملكية من الحقوق الأخرى ٠ واذا أطلقنا كلمة الملكية فى كلامنـا فالمقصود بها الملكية التامة ٠

كما أن الاصل فى الملكية التامة انها حق جامع لكل المزايا التى يمكن الحصول عليها من الشئ ، وهذا لاينفى بأن هناك قيود عديدة وأردة على تلك المزايا الشاملــة المخولة للمالك مما سنوضحه فيما بعد حيث أن المشرع قد نص على ذلك فى التقنيـــن المدنى وفى القوانين واللوائح الخاصة بذلك ٠

---

(١) انظر الى من أخذ بهذا الرأى : المرجع السابق محمد على عرفه ص ١٤ ، المرجع السابق اسماعيل غانم ص ٣٩ ، حسن كيره ١٦٨ ف ٥٥ ، الصده ص ١٧ ف ١١ ، السنهورى ـ السابق ص ٢٩، ٥ ، عبد العزيز عامر ، السابق ص ٢٠٠ دروس فى حق الملكية ص ١٤ ، محمد لبيب شنب موجز فى الحقوق العينيـــة الاصلية ص ٢١٥ ف ١٣ ، منصور مصطفى منصور ، حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ص ١٠ ف ٤ ٠

(٢) الملكية الفردية فى القانون المصرى ، احمد سلامه ج ١ ص ٦١ ف ٢٣ ٠

(٣) محمد لبيب شنب المرجع السابق هامش ٩ ص ٢١٥ ٠

الفصل الثاني

الملكية التامة حق مانع

والذى يقصد بذلك أن حق الملكية مقصور على المالك دون غيره فله وحده حق الاستعمال والاستغلال والتصرف المادى والقانونى .

وعلى ذلك فلا يجوز لاحد أن يشارك المالك فى ملكه ، ولا أن يتدخل فى شئون ملكيته دون رضاه فى التمتع ببعض سلطاته .

وهذه الخاصية الثابتة للمالك على سبيل الاستثناء والاختصاص الحاجز المانع لغيره عن مشاركته فيها قد بينها المشرع ونص عليها فى المادة (٨٠٢) مدنى حينما قال :

(لمالك الشئ وحده .... الخ)

فعبر بكلمة (وحده) الدالة على انفراد المالك بالتمتع بهذه السلطات .

ويترتب على أن الملكية حق استئثارى مانع ، أنه لا يمكن أن يتصور أن يكون الشئ مملوكا لشخصين مختلفين فى وقت واحد ، ويصبح لكل منهما حق ملكية تامة على نفس الشئ ، على أن يتحدد نصيب كل منهم بالثلث أو بالربع أو الخمس أو النصف .

كما يجوز أن يملك المنزل المكون من عدة طبقات أفراد متعددون يملك كل منهم طبقة أو أكثر من هذا المنزل . دون أن يملك كل منهم البناء كلية (١) .

ولكن هل يعتبر " المنع " من جوهر الملكية التامة أم لا ؟؟

١ _ أن أغلب فقهاء القانون يعتبرون خاصة المنع من جوهر الملكية ومن أبرز خصائصه التى تميزه من غيره من الحقوق الأخرى . (٢)

٢ _ بينما أغلب الفقهاء ذهب الى الرأى السابق .

---

(١) المرجع السابق د . السنهورى ص ٥٣٢ ، محمد عرفه ص ١٥ ، حسن كيره السابق ص ١٦٩ .

(٢) انظر المراجع السابقه محمد كامل مرسى _ الحقوق العينيه الاصليه ج ١ _ ص ٢٦٨ ، عبد المنعم البدراوى السابق ص ١٨ ف ١٢ .

حيث يرى البعض بأنها ليست من جوهر حق الملكية ، حيث أن كل حق آخر عينيا أو شخصيا مقصور على صاحبه ، لأن جوهر الحق العيني عموما هو الاستئثار بسلطة على الشيء ، فهناك مثلا حق الانتفاع يخول لصاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال وهما مقصوران على المنتفع فلا يجوز لأي انسان أن يشاركه فيهما حتى ولو كان مالك العين نفسه ، غير أن القصر في حق الملكية أكثر ظهورا من القصر في غيره من الاخرى حيث أنه أوسع الحقوق نطاقا فقصره على صاحبه يكون أبلغ أثرا . (١)

ولذلك يقول الدكتور أحمد سلامه : (وفي تقديرنا ليست هذه الخصيصة بشقيها الا بقية من الهالة التي أحيطت بها الملكية في عصر معين ، تلك الهالة التي امتدت الى الأوصاف أو الالقاب .

أما الآن وفي ظل النزعة الاشتراكية السائدة فقد أخذت هذه الألقاب تتساقط . (٢)

نستنتج مما سبق أن الملكية التامة ملكية جامعة مانعة وذا هو رأى جمهور فقهاء القانون ويؤيد ذلك الاتجاه ، المادة (٨٠٢) مدني فضلا عن القضاء الذى حكم بهدم حائط على أرض الجار .

كما حكمت بعض المحاكم الفرنسية على شركة كهرباء بازالة أسلاك مدتها فوق ملك خاص .

كما قضت بعدم جواز لصق الاعلانات على جدار الأملاك الخاصة بدون رضا ملاكها . (٣)

---

(١) انظر المراجع السابقه ، محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الاصلية ج ١ ص ٢٦٨ ، عبد المنعم البدراوى السابق ص ١٨ ف ١٢ .

(٢) المرجع السابق ، السنهورى ص ٥٣٢ ، منصور مصطفى منصور السابق - ص ١١ أحمد سلامه ، السابق ص ٦٢ ف ٢٣ ، محمد لبيب شنب - السابق - ص ٢١٦ ف ٢١٣ ، احمد سلامه ص ٦٢ ف ٢٣ .

(٣) محمد كامل مرسى ج ١ ص ٢٦٥ - المرجع السابق ، عبد المنعم البدراوى السابق ص ١٩ ، عبد العزيز عامر السابق ص ١٥ .

ماهى القيود الواردة على أن الملكية حق جامع مانع ؟؟

اذا كانت الملكية التامة قد اتصفت بالجمع والمنع ، فان هذا هو الاصل ،ثم يـرد عليه قيود كثيرة تحد من سلطات المالك الشاملة وتقلل من قصرها عليه وذلك بمقتضى شرط ارادى أو نص قانونى فقد يخول المالك شخصا من الغير حق الانتفاع بالشىء أو يرتب له حق ارتفاق عليه أو يشترط الموصى أو الواهب على الموصى له أو الموهوب له شرط المنع من التصرف لمدة معقولة ولباعث مشروع .

وهناك قيود قانونية كثيرة تقوم بالحد من المزايا المخولة للمالك على الشىء كما أنها تسمح للغير أن يتدخل فى شئون ملكه . والأمثلة على ذلك كثيرة نص عليها المشرع فى التقنين المدنى فضلا عن القيود الأخرى التى وردت فى المراسيم واللوائح والقوانين الخاصة بذلك .

من هذه القيود مانصت عليه المادة (٨٠٧ مدنى) من أن الواجب على المالك الا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ضررا غير مألوف . وما نصت عليه المادة (٨٠٨/ ٢ مدنى) من أنه :ـ

(يجوز للملاك المجاورين ـ للمسقاه أو المصرف الخاص ـ أن يستعملوا المسقاه أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها) .

ومن ذلك أيضا الحق الذى ينص عليه القانون (٨١٢ مدنى) .. من أن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لايصلها بهذا الطريق ممر كاف ، يكون له الحق فى المرور بالأراضى المجاورة جبرا عن المالك مقابل تعويض عادل . (٢)

وذلك من أجل استغلال أرضه استغلالا على الوجه المألوف وكذلك الحق المقرر للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعلية للحائط المشترك أو يصبح شريكا فـى الجزء المعلى جبرا عن جاره بشرط أن يقوم بدفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض

التى تقوم عليها زيادة السمك أن كانت هناك زيادة (م ٨١٦ مدنى) .

ومن أبرز هذه القيود مايثبته القانون للسلطة الادارية من نزع الملكية للمنفعة العامة جبرا عن المالك نظير تعويض عادل يدفع مقدما للمالك .

وما ورد فى قانون الاصلاح الزراعى من تحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية أو الحيازة ، كما أنه أعطى المستأجر حقوقا واسعة تحد من سلطات المالك منها تحديد القيمة الايجارية لعشرة أمثال الضريبة ، وألا يخرج المستأجر من ملك المؤجر بعد انتهاء الايجار حيث أن عقد الايجار يمتد بقوة قانونية حتى الى ورثة المستأجر بعد موته .

الغصن الثالث

الملكية التامة حق دائم

ما معنى دوام الملكية ؟

وما الذى يترتب على ذلك ؟

ان معنى دوام الملكية : هو ان حق الملكية حق دائم بالنسبة للشىء المملوك لا بالنسبة الى الشخص المالك (١) . فاذا قيل بان حق الملكية دائم فان ذلك يكون بالنظر الى حق الملكية ذاته وحيث انه لم يكن هناك مدة محددة لهذا الحق ، فالملكية فى ذاتها دائمة وباقية مابقى الشىء الذى ترد عليه ولاتنقضى الا بهلاكه .

ولايقدح فى ذلك ان الملكية تنتقل من شخص لآخر بالبيع أو الهبة أو الميراث لان الدوام ليس معناه ان تدوم ملكية الشىء لمالكه أبدا .

---

(١) السنهورى ج ٨ ص ٣٤٩ ف ٣٢٨ .

بل الدوام ينصب على الملكية فى ذاتها . (١)

بخلاف الحقوق العينية الاخرى فأنها ليست دائمة بل لابد ان تنتهى أما بموت صاحبها أو بأنتهاء الأجل المحدد لهذا الحق (٢) .

وهذا التأقيت الذى نص عليه المشرع من النظام العام ، فكل أتفاق يخالف ذلك يقع باطلا .

وكذلك الحقوق العينية التبعية فأنها موقتة كالحق الشخصى الذى تضمه فأنها تنتهى بأنتهائه حيث أنها تابعة له فيسرى عليها حكمه (٣) غير أن الاساس الذى قام عليه دوام الملكية ـ امتزاج الملكية بالشىء أساس ضعيف لا يصلح أن تنبنى عليه نتائج قانونية ، كما أن دوام الملكية لم يكن متفقا مع أحكام القانون الحديث (٤) ، حيث أن المادة (٨٧١ مدنى) تنص على أن المنقول (يصبح لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته) .

اذن يتضح أن الدوام لا يقوم على أساس من جوهر الملكية وانما هو بقية من بقايا صفة الاطلاق التى كانت الملكية تتصف بها فى الزمن الماضى . ولذلك يقول الدكتور عبد الحى حجازى عن خاصة الدوام : (هذه فكرة من رواسب منطق غابر كان يصور الحقوق وخاصة حق الملكية تصويرا مطلقا . كان يجوز للمالك فى ضوئه الا يستعمل

---

(١) اسماعيل غانم ص٣٢ ، الصده ص١٩ ، عامر ص ١٦ ، محمد عرفه ص١٧ . حيث يقول الدوام خاصة اساسية للملكية وهذا لا يتحقق الا اذا نظرنا الى الملكية من زاوية معينة هى صلة الحق بموضوعه وليس بمالكه ، فهذه الصلة دائمة لا انفصال لعراها ... كما أن انتقال الحق من شخص لآخر لا يؤثر فى جوهر الحق مطلقا ... ص١٧ .

(٢) انظر المواد ٩٩٣ ، ٩٩٨ ، ٩٩٩ ، ١٠٢٦ ، ١٠٢٩ مدنى .

(٣) الصده ص٢٠ .

(٤) غانم السابق ص٣٣ ، وقرب الصده ص ٢٠ حيث يقول (ان صفة الدوام بهذا المعنى لا تصدق فى جميع الحالات على حق الملكية وليست من جوهر حق الملكية وانما هى خاصة له فى اغلب الحالات ، عامر السابق ص ١٦ ، منصور السابق ف ٧ .

حقه دون أن يترتب على ذلك أى مساس لذلك الحق مهما طال عدم الاستعمال له .

والآن وقد أصبح للحقوق ومنها حق الملكية وظيفة اجتماعيه حافـه تبيـح للدولة أن تراقب الافراد فى استعمالهم لحقوقهم وأن تتحرى مدى حرصهم على تحقيق المصلحة العامة فى ذلك الاستعمال ، كان لابد ان تعاقب الدولة المالك الـذى يهمل فى استعماله حقه اهمالا يضير المصلحة العامه ، فتقرر اسقاط حقه عنه فيما يتعلق بملكية الانتاج اذا لم يستعمل هذا الحق بصفة معينه ، وقد ظهرت بوادر هذا الاتجاه فى قانون الاصلاح الزراعى ... الخ (١)

أما الذى يترتب على صفه الـدوام ؟

فيترتب على هذه الصفه أمـران :-

الامـر الاول : ان الملكية لاتسقط بعدم الاستعمال.

الامـر الثاني : لايجوز توقيت الملكيـة .

ونريد ان نبين رأى فقهاء القانون من هذين الامرين :-

الامـر الاول :

هل الملكية لاتسقط بعدم الاستعمال ؟

أن المشرع قد نص على سقوط الحقوق العينية الاخرى فى حالة عدم استعمالها مدة لاتزيد عن خمسة عشرة سنة (٢) بينما سكت عن ذلك بالنسبة لحق الملكية ، وذلـك يستفاد بطريق مفهوم المخالفة ان الملكية لاتسقط بعدم استعمال المالك لهـا مهما طالت مدة ذلك . لان المشرع لم ينص على اسقاطها عند عدم مزاولة المالـك لملكه .

---

(١) انظر بحثنا عن الوظيفة الاجتماعية للملكية ، الحلقة الدراسية الثانيه للقانـون والعلوم السياسية ص ٢٨٧ .
(٢) انظر المواد ٩٩ ، ٩٩٨ ، ١٠١١ ، ١٠٢٧ مدنى .

ولكن هل يعتبر عدم الاسقاط هنا من جوهر الملكية :

ذهب جمهور شراح القانون بأن عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال لايعتبر ولايقوم على اساس من جوهر حق الملكية (١) حيث أن ذلك كان أثرا من آثار صفة الاطلاق الماضي ، فالمالك كان مخيرا بدون استعمال ملكه وعدم استعماله دون أن يترتب على عدم استعماله أى أثر ، وهذا لايتمشى مع الوقت الحاضر حيث أصبح للملكية وظيفة اجتماعية تفرض على المالك ان يستعمل ملكه وان يستغله بما يعود على المجتمع من فوائد .

وبخلاف ترك الشئ واهماله فانه يعود على المجتمع بالأذى والحرمان من فوائده ومنافعه .

وتطبيقا لذلك فقد نص المشرع على حالتين تسقط فيهما الملكية بعدم الاستعمال متمشيا مع كون الملكية وظيفة اجتماعية .

الحالة الاولى :-

(اذا زرع مصرى أرضا غير مزروعه أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المغروس أو المزروع أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه فقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك) المادة (٣/٨٧٤ مدنى) .

الحالة الثانية :

وقد نص عليها فى قانون الاصلاح الزراعى (م ٣/١٤) التى اضيفت بالقانون رقم ٥٥٤ لسنه ١٩٥٥ وهى تنص على أنه اذا اهمل من وزعت عليه الارض بواجب العناية فى زراعتها جاز اسقاط الملكية عنه بشرط أن يقع هذا الاهمال فى خلال خمس سنوات من ابرام العقد النهائى .

---

(١) العدة ص٢٢ ف٤١ ، اسماعيل غانم ص٣٥ ف١٩ ، منصور ف٧ ، احمد سلامه ص٦٩ ف ٢٤ ، محمد شنب ف٤١٢ ، عامر ص١٧ عكس السنهوري ج٨ ص٣٦ فى الهامش ، حسن كيرة السابق ف ٥٧ .

ويقرب من هاتين الحالتين ماتقضي به المادة (١١) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٢١ لسنه ١٩٤٧ م من أنه لايجوز ترك المساكن المعدة للإستغلال خالية مدة من الزمن تزيد على ثلاثة أشهر اذا تقدم لاستأجارها مستأجر بالاجرة القانونية، واذا كان الاصل هو عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال فانه يترتب على ذلك أن الدعوى التي تحميه ـ دعوى الاستحقاق ـ لاتسقط بالتقادم واذا كانت الملكية لاتسقط بالتقادم المسقط فان هذا هو مما يمنع من كسبها بالتقادم المكسب ، كما لو وضع انسان يده على ملك الغير وانقضت مدة التقادم فان الملكية تنتقل الى واضع اليد وتزول عن المالك الأصلى لابالتقادم المسقط وانما بالتقادم المكسب (١) اذا توافرت للغير الحيازة القانونية الصحيحة (٢) ولذلك نرى أن هذا الأمر لايقوم على أساس من جوهر الملكية تمشيا مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية .

الفصل الرابع
توقيت الملكية

لقد نص المشرع على توقيت الحقوق العينية الأخرى ولم ينص على توقيت حق الملكية .. مما يستفاد بطريق مفهوم المخالفة من النصوص أن حق الملكية لايجوز تأقيته ، بخلاف الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق والحكر ، فانها تنتهى اما بوفاة صاحبها أو بالأجل المعين بالنسبة لحق الانتفاع. أما الحكر فالمدة القصوى له ستين سنة أو لمدته المجددة أيهما يتحقق أولا ، وحق الارتفاق ينتهى بالاسباب الذى بينها المشرع أو بانتهاء المدة اذا حدد له أجل.

بعكس حق الملكية فانه لاينتهى مادام الشيء الذى يرد عليه باقيا حتى ولو توفى

---

(١) السنهورى ص ٥٣٨ ، حسن كيرة ص ١٧٦ ، نفس المعنى محمد كامل مرسى السابق ص ٢٧٢ .

(٢) انظر المواد ٩٩٣ ، ٩٩٩ ، ١٠٢٦ ، ١/١٠٢٨ ، ١٠٢٩ مدنى .

مالكه فانه ينتقل الى ورثته ، والملكية تتأبد بانتقالها (١) وهذا هو مذهب أكثر شراح القانون (٢) .

ولكن هل يجوز الاتفاق على توقيت الملكية أم لا ؟

نريد أن نبين موقف شراح القانون من جواز الاتفاق على توقيت الملكية وعدم جوازه وذلك فى رأيين :ـ

الرأى الاول :

ذهب البعض من شراح القانون الى عدم جواز الاتفاق على تأقيت الملكية وحجتهم فى ذلك : أن عدم التوقيت يعتبر نتيجة حتمية للقول بأن حق الملكية يدوم بدوام الشئ ، كما أن التوقيت يتعارض مع السلطات المخولة للمالك وخصوصا سلطة التصرف المادى فى الشئ ـ باتلافه وهلاكه ، أو القانونى بالبيع والهبة وغير ذلك من التصرفات الناقلة للمالك .

والا فما موقف المالك ملكية موقتة من سلطة التصرف فى الشئ ماديا وقانونيا ؟ والحقيقة أنه بين أمرين :ـ

١ ـ اما أن يتصرف فى الشئ المملوك ملكية موقتة بالتصرف العادى أو القانونى وعلى ذلك لم يكن هناك أى أثر التأسيس ، بل تعتبر ملكية مؤبدة .

٢ ـ وأما أن يحرم المالك فى هذه الحالة من سلطة التصرف طوال فترة ملكيته لكى يتلاشى هلاك الملكية أو انتقالها حفاظا على عودة الشئ الى التصرف وهو المالك الاول .

---

(١) السنهورى ف ٣٢٨ .
(٢) اسماعيل غانم ص ٣٦ ف ٢٠ .

وبذلك يكون المتصرف اليه قد حرم من أبرز عناصر الملكية ـ سلطه التصـــرف •

ويترتب على ذلك اننا لسنا بصدد ملكية بل بصدد حق انتفـاع • (١)

الرأى الثانـــى :

ويرى البعض الاخر أن اتفاق الأشخاص على توقيت الملكية جائز وحجتهـم فـــى ذلك •

المادة (٢٢١/٥٥٢ مدنى) : فالقاعدة :

أن كل مالك يكتسب ملكية مايقيمه الغير من منشآت وذلك بالاتفاق ولكن قد يـــأذن موءجر الأرض للمستأجر بأقامة المنشآت على ملكه بشرط أن يتملكها المستأجر مدة الايجار فقط تنتقل الى المالك الاصلى وهو الموءجر بالالتصاق نظير تعويض عن قيمتها اذا ظلـت قائمة ولم يهدمها المستأجر •

ولـما كان حق المستأجر بطبيعته موءقتا ، فأن ملكيته للمنشآت تكون أيضا موءقتـــة وله فى أثناء مدة الايجار جمع مزايا المالك على تلك المنشآت بما فى ذلك التصـــــرف المادى •

ويترتب على انتهاء حقه ، انتهاء ملكيته ، أما بانتقالها للموءجر وهو صاحـب الارض واما بهدمها لزوال محلها •

وقد أيد القانون حجتهم ورأيهم حينما نص فى المادة (١٠٣٨) مدنى على أن : (لايجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفى هذه الحالة يكون للدائن

---

(١) السنهورى السابق جـ٨ ص ٥٣٩ ـ ٥٤١ ف ٣٣١ ، السنهورى ج ٣ ، ص ٩٦ ف ٦١٠ شفيق شحاته ،شرح القانون المدنى ، فى الاموال القسم الاول النظرية العامه للحق العينى ١٩٥١ ، ص ١٥١ ، هامش (١) ف ١٣٢ ، عبد المنعم البدراوى السابق ص ٢١ ف ١٣ •

المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الارض اذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق)

ولكن اصحاب الرأى الثاني القائلين بجواز الاتفاق على توقيت الملكية قد اختلفوا في فهمهم للمادتين (٩٢٢ ، ١٠٣٨ مدنى) السابقتين الذكر على رأيين :-

الـرأى الاول :

يقول البعض بأن جواز الاتفاق على التأقيت يكون بصفة عامة وذلك تطبيقا لمبدأ عام فلا يمكن حصره على الاتفاق المعقود بين مالك الارض ومقيم المنشآت . (١)

ولذلك يقول الدكتور اسماعيل غانم : (ليس هناك ما يمنع منطقا من أن تتقـرر لشخص على شئ كافة سلطات المالك لمدة معينة فيكون له حق الملكية المؤقـت ، بحيث اذا انقضى الاجل دون ان يباشر المالك - المؤقت - سلطته في التصرف المادى في الشأن انقضت ملكيته وتعود الى المالك الاصلى وسواء في ذلك أن يكون المالـك قد تصرف في الشئ تصرفا قانونيا أو لم يتصرف ، ففى الحالتين اذا ما انقضـى الأجل انقضت الملكية بين المالك المؤقت أو بين يدى خلفه . (٢)

البرأى الثانـى :

يقول بعض شراح القانون ان جوهر الملكية لا يعارض التوقيت فليس هناك ما يمنـع

---

(١) انظر د. روس في الاموال د . عبد الفتاح عبد الباقى ص٧٦ ف ٥٦ طبعه ١٩٥٦ المراجع السابقة .
د . عبد المنعم الصدة في ١٥ ص٢٣ ، د . حسن كيرة ف ٥٢ ص ١٦٤ . ومابعدها ، د . اسماعيل غانم ف ٢٠ ص٣٧ . ، د . منصور مصطفى منصـور ص٢٤ - ٢٥ ف ٧. ٥

(٢) د . غانم السابق ف٢٠ ص ٣٧ ونفس المعنى الصدة ، السابق ف ١٥ حيث يقول : (انه ليس من طبيعة حق الملكيه مايحول دون تأقيته بزمن معين وأنه يجوز أن يتفق على نقل الملكية فترة معينة ، فاذا انتهت هذه الفترة دون أن يباشر المتصرف اليه سلطة الاعدام في الشئ عادت الملكية الى المالك الاصلى)

من أن تكون ملكية معينة ملكية موقتة ولكن بشرط ان يستند الاتفاق الى نص في القانون .

حيث أن الملكية الموقتة صورة جديدة من صور الملكية لا يملك تقريرها الا المشرع (١) ثم استشهد على ذلك بنص المادة (٩٢٢ مدني) السابقة الذكر ويضيف الدكتور أحمد سلامه نوعا جديدا من الملكية الموقتة وهي الملكية الشائعة : مستندا على ذلك بأن حق الشريك في المال الشائع حق ملكية حسب الاتجاه الغالب في الفقه والقانون الحديث وطبقا للمادة (٨٢٥ مدني) التي تنص على تعريف الملك الشائع كقولها (اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة لكل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع . وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقم الدليل على غير ذلك .

ويستند على أن الملكية الشائعة موقتة فالمادة (٨٣٤ مدني) التي تنص على أن (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او اتفاق) .

ولا يجوز بمقتضى الاتفاق ان تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين . فاذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه .

الملكية الشائعة ليست موقتة :

ولكني أرى أن الملكية الشائعة ليست موقتة . بل ملكية تامة وجامعة مانعة ودائمة طبقا للمادة (١/٨٢٦ مدني) التي تنص على ان : (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها ... الخ) .

والشيوع أمر عارض وصفه غير لازمة للملك لجواز قسمة المال الشائع في أي وقت طالما لم يكن الشريك مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق .

---

(١) د . أحمد سلامه الملكية الفردية ص ٧٨ ف ٢٤ .

وقسمه المال الشائع او الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة خمس سنوات لايكـــون سببا في جعل الملكية الشائعة ملكية موقتة ، لان حق الملكية دائم بدوام محلـــه ، ومحل الملكية هنا باق على حاله لم يطرأ عليه شيء الا الافراز للشركاء حيث يتميز كـــل منهما بنصيبه ويعرف حصته ، والقسمه مقررة للحق لامنشأة له كما أن الحق لاينقضـــي بها . وذلك طبقا للمادة (٨٤٣) مدنى التي تنص على انه : (يعتبر المتقاســـم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها في بقيــــة الحصص) اذن فحق ملكيته على الشيء دائم ولاينتهي وانما الذى ينتهي هى حالـــة الشيوع وذلك أمر غير مرغوب فيه ينتهي فضلا عن القسمة باتحاد المالك كأن يشـــترى أحد الشركاء على الشيوع باقي الحصص فيه أو يرث احد الشركاء شركائه الآخرين فيصبح المال كله مملوكا له ملكية تامة وفردية ، أو ينزع الملكية للمنفعة العامة أو بهلاك المـــال الشائع .

غير أن المشرع لم ينص على مدة تنتهي فيها حالة الشيوع بالنص على عدم جـــواز الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة تزيد عن خمس سنوات . فأن زادت فالزائد باطـــل والاتفاق صحيح في المدة المحددة التي يجوز تجديدها مرة بعد مرة كلما انتهت.(١)

ونخلص مما سبق أن الاصل هو دوام الملكية ولايجوز تأقيتها الا بنص من الشـــارع لأن الملكية الموقتة نوع جديد من أنواع الملكية لايملك تقريرها الا المشرع. (٢)

((وهذا يرجع الى الاعتبارات العملية البحتة ـ وهو تعرض حق المتصرف للحظــر حيث أن المتصرف اليه يكون له سلطة اعدام الشيء قبل انقضاء الاجل المتفق عليــه ، وهذا يجعل المتصرف تحت رحمة المتصرف اليه ـ لا الى اعتبارات مستمدة من جوهــر هذا الحق ، حيث ان طبيعته تقبل التوقيت))

---

(١) د . عبد العزيز عامر ـ السابق ص ١٢٨ ـ ١٢٩ .
(٢) د . محمد لبيب شنب ـ السابق ص ٢١٩ .

الفصــــل الخامــــس

الملكية لم تعد حقا مطلقا بل صارت حقا مقيدا له وظيفة اجتماعية

مامعنى اطلاق حق الملكية فى الماضــــى ؟

يحتمل هذا المعنى أمريــــن :ـ

الامــــر الاول :

أن المقصود بأطلاق الملكية هو الاحتجاج به فى مواجهة الكافة أى عامه النــــاس بحيث يكون للمالك تتبع الشيء فى أى يد يكون فيها وتكون له الافضلية على هذا الشيء .

ولكن هذا المعنى للاطلاق لايعتبر وصفا مميزا للملكية بل وصف مشترك بين جميع الحقوق العينية الأخرى ، حيث أن الاحتجاج بالحق فى مواجهة كافة الناس خاصيــــة من خصائص الحق العينى عموما ، تمييزا له عن الحق الشخصى وهو حق نسبى لايرتبــــط به سوى المدين ولكن يجب احترامه على الكافــــة .

الامــــر الثانــى :

فأن الاطلاق ينصب على سلطات المالك وذلك بتأثير من المذاهب الفرديـــــة المطلقة التى فسرت اطلاق الملكية بأنه تخويل المالك استعمال الشيء واستغلالــــه والتصرف فيه على نحو أشد مايكون اطلاقا لمصلحته الفردية دون مراعاة مصلحه الغير والمجتمع . (١)

وقد أثرت المذاهب الفردية المطلقة على التشريع الفرنسى الصادر عام ١٨٠٤ ، فوصف حق الملكية بأنه حق مطلق وذلك فى المادة (٥٤٤ مدنى فرنسى) التى عرفــــت حق الملكية بأنه :

(حق الانتفاع والتصرف فى الاشياء والطريقة الأكثر اطلاقا) وقد نهج نهجــــه

---

(١) د . نزيه المهدى ـ الملكيه فى النظام الاشتراكى ص ٥٦

القانون المصرى القديم حينما عرف الملكية فى المادة (١١/٢٧ مدنى) (١) وقد شاع هذا الوصف لأنه يتفق مع نظرة الثورة الفرنسية الى الملكية باعتبارها حقا مقدسا (٢) وبأنها أكثر الحقوق اتصافا بالفردية وأقواها جميعا . (٣)

ويترتب على ذلك أن الملكية فى الأصل حق مطلق ، فللمالك حق التصرف فى ملكه كيف يشاء (٤) فله الحق فى :ـ

١ ـ أن يستعمل الشئ المملوك استعمالا حسب مايريد ،حتى لو كان الشئ لم يعد صالحا لمثل ذلك الاستعمال ، وأن يغير فيه وفى طريقة استغلاله .

٢ ـ أن ينشئ من المنشآت مابناه من مبانى او غرس أشجار أو حفر آبار أو سواقى .

٣ ـ للمالك أن يبيعه كله أو بعضه أو يقرر عليه حقوقا عينية لغيره ، وله أن يتركه بدون استعمال أو بدون أن ينقل ملكيته لأحد ، بل له أن يعدمه وليس لأحد عليه حق الاعتراض فى كل هذه التصرفات .

كما لا يسأل عن الضرر المسبب من جراء استعماله وتصرفاته لملكه . غير أن هذه النظرة الفردية التى تجعل مصلحه الفرد فى المقام الأول لم يكتب لها البقاء بل انكمشت شيئا فشيئا تحت تأثير المذاهب الاشتراكية والأفكار الاجتماعية التى تراعى مصلحة الجماعة أولا وقبل كل شئ ، بحيث لو تعارضت مصلحة الجماعة مع مصلحة الفرد قدمت الاولى على الثانية . وبذلك انعكست الاوضاع تحت ظل المذاهب الاشتراكية ومقتضيات الحياة فى المجتمع حتى أصبح فى الآونة الحاضرة حق الملكية فى الأصل حق مقيد لا حق مطلق .

---

(١) المادة ١١ من القانون الأهلى ، ٢٧ من المختلط .
(٢) محمد لبيب شنب ص ٢١٩ ف ٢١٦ .
(٣) البدراوى ص ٤٧ ف ١١ .
(٤) محمد كامل مرسى ج ١ ص ٢٦٧ .

ومن هنا كثرت القيود التى تحد من سلطات المالك بل ومن حق التملك ذاته الى أن صار له وظيفة اجتماعية يفرض على المالك أن يقوم بها .

وبناء على ذلك فلم يعد حق الملكية متصفا بصفة الاطلاق الذى كان يتصف به فى الماضى بل أصبح له وظيفة اجتماعية فضلا عن أنه يعتبر ميزة للمالك وبذلك يتصف هذا الحق بأنه مقيد باجماع فقهاء القانون المصرى [1] وبنص المادة ٨٠٢ مدنى (.... فى حدود القانون) .

الفصل السادس

المقارنة بين الشريعة والقانون من ناحية خصائص الملكية التامة

لو نظرنا الى الخصائص التى اشتملت عليها الملكية فى الشريعة الاسلامية لوجدناها هى نفس الخصائص التى ذكرها شراح القانون المصرى فالشريعة الاسلامية كانت أسبق بكثير وأوفى للغاية حيث أنه قد ثبت فيها بأن الملكية التامة حق جامع ومانع وحق دائم ولم يكن هذا على الاطلاق كما كان فى الماضى فى القانون الوضعى بل كان كل ذلك مقيدا بقيود تجعل الملكية ليست حقا خالصا لصاحبها بل المجتمع له نصيب فيها بحيث لو تعارضت مصلحة الفرد والمجتمع قدمت مصلحة المجتمع تطبيقا لارتكاب أخف الضررين والضرر الاشد يزال بالضرر الأخف .

ولقد استخلصنا خصائص الملكية التامة فى الشريعة من التعاريف السابقة للملك ومن نصوص الفقهاء على مختلف المذاهب الفقهية .

فالخصائص فى كلا الجانبين الشرعى والقانون لاتختلف عن الاخرى الا فى العبارات والتفصيل فى الناحية القانونية .

---

(١) انظر فى ذلك السنهورى ج ٨ ف ٣٣٢ ، اسماعيل غانم ف ١٧ ، الصده ف ١٦ ، البدراوى ف ١١ ، أحمد سلامة ف ٢٤ .

غير أن الملكية التامة في القانون الوضعي تبقى مابقي العقار ولايقدح في ذلك اختلاف الاشخاص بعكس الشريعة فانه يقدح في دوام الملكية تصرف المالك في ملكه وانتقالها من شخص لآخر بخلاف الميراث لابنائه وأقاربه بالقوة القهرية فلا يقدح في ذلك .

الفرع الرابع

أساس تقييد الملكية في الشريعة والقانون

مما لاشك فيه أن حق الملكية لم يعد حقا مطلقا كما كان في الماضي بل قد صار حقا مقيدا ذو وظيفة اجتماعية تحت تأثير المذاهب الاشتراكية والافكار الاجتماعية التي تراعي مصلحة الجماعة أولا وقبل كل شيء بحيث لو تعارضت مصلحة الجماعة مع مصلحة الفرد قدمت مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد .

وعلى ذلك نجد أن اساس تقييد الملكية في القانون الوضعي هي الوظيفة الاجتماعية للملكية ويرجع الفضل في ظهور هذه النظرية وانتشارها الى العميد (ديجي) وهو من علماء القرن العشرين الباحثين في القانون الدستوري الذي وضع نظرية التضامن الاجتماعي للبحث عن طبيعة القانون فيما وراء الشكليات . (١)

وقد بين الاستاذ (ديجي) في أول محاضرة له من الاتجاهات العامة في القانون الخاص منذ مجموعة نابليون أن :

(الملكية ليست حقا بل وظيفة اجتماعية فالمالك ، أي الحائز لثروة مايضطلع بحكم حيازته هذه الثروة برسالة اجتماعية وتكون اعماله كمالك في القانون ، طالما انه

— أبو شنب ف ٢١٤ ، عامر ص ١٨ ، محمد علي عرفه ص ١٣ ، منصور مصطفى منصور ف ٦ ص ١٢ ومابعدها .

(١) انظر في تفصيل مذهب التضامن الاجتماعي : أصول القانون لاستاذنا الدكتور مختار القاضي ص ٤٨ لسنه ١٩٦٧ .

ملتزم حدود هذه الرسالة ، فأن هو تقاعس عن ادائها أو اهمل في القيام بها كما ن امتنع عن زراعة ارضه أو ترك منزله ينقص ، حق للحكومة أن تتدخل لحمله على القيام باعباء وظيفته كمالك وهي تقتضيه استعمال مايحوزه من ثروات فيما اعدت له) .

ثم بين بعد ذلك عناصر " وظيفه الملكية " فقال انها تحتوى على عنصرين :ـ

أولهما : واجب المالك ومن ثم سلطته في استعمال الشيء الذى في حيازته لاشباع حاجاته الخاصة ، كأن يستعمل الشيء الذى في حيازته في أنحاء نشاطه المادى والأدبي والمعنوى .

وثانيهما : واجب المالك ومن ثم سلطته في استعمال الشيء لاشباع حاجات اجتماعية ، اى حاجات جماعية قومية بأثرها او جماعات ثانوية . (١)

ولذلك يقول بعض شراح القانون :ـ

(ان حقوق الافراد في نظر العميد (ديجى) ليست امتيازات أعطيت لهم انما سلطة يمنحها القانون للشخص باعتباره فردا اجتماعيا عليه واجب يتحتم آداؤه ..

والملكية الفردية كذلك لم تعط للفرد لتكون اداة للعبث والاضرار بل هى الاخرى وظيفة اجتماعية لاينبغى للمالك ان يسىء استعمالها بل يجب استعمالها في سبيل الجماعة ولمنفعتهم .... (٢)

والهدف هنا من جعل الملكية وظيفة اجتماعية هو تحقيق التضامن الاجتماعى بين افراد المجتمع الواحد ولذلك قد عرف الملكية في نظريته بانها :ـ

((واجب أو وظيفة موضوعية تقع على عاتق كل حائز لثروة معينة في أن يستعمل هذه الثروة التي يحوزها في سبيل تحقيق التضامن الاجتماعى والمحافظة عليه)) (٣)

---

(١) موجز في حق الملكية د . محمد على عرفه ص ٧ .
(٢) المرجع السابق د . مختار القاضى ص ٥١ ـ ٥٢ .
(٣) الملكيه في النظام الاشتراكى د . نزيه المهدى ص ٩ ومابعدها عرض مفصل لنظريه ديجى ونقده .

وبناء على هذا التعريف نجد أن المالك يقع عليه عبء تحقيق وظيفة معينـــــه يمليها عليه مركزه القانونى كحائز للاموال التى يتملكها وهى استخدام هذه الاموال فـى صالح المجتمع ولزيادة الثروة العامة وفى ضوء هذه الوظيفة يجب على المالك استخدام أمواله مع عدم تجاوز القيود التى يضعها الشارع .

ومهما وجه اليه من انتقادات بالنسبة لانكار الحق بصفة عامة ومناداته بفكرة المراكز القانونية . فأن افكاره ليس فيها أى مساس بحق المتملك أو المناداة بتحديد حــد أقصى له كما انه لم يطالب بتقييد سلطات المالك الثلاث أو بأى صورة من صور الملكيــة الاشتراكية او الجماعية كأساس لتنظيم العلاقات السائدة فى المجتمع .

وكل ماهنالك أن نظريته فى اعتبار الملكية وظيفة اجتماعية تعتبر امتدادا لفكرتــه فى التضامن الاجتماعى والتى نادى بها فى دائرة القانون العام . ثم أراد أن يطبقها على فكرة الحق فى دائرة القانون الخاص . (١)

وبعد هذا العرض السريع لأفكار ديجى عن الملكية كوظيفة اجتماعية نريد أن نبين موقف الشريعة الاسلامية من الوظيفة الاجتماعية وتطبيقاتها ومظاهر ذلك . ثم موقــف الفقه والقانون والقضاء المصرى وتطبيقاته وذلك فى مطلبين :ـ

المطلب الاول : موقف الشريعة الاسلامية عن الوظيفــة الاجتماعيــة للملكيــة وتطبيقاتها .

المطلب الثانى : الوظيفة الاجتماعيــة للملكيــة فى الفقــه والقانــون المصــرى وتطبيقاتــــه .

---

(١) المرجع السابق د . نزيه المهدى ص ١٠٥ .

المطلـــب الاول

موقف الشريعة الاسلامية من الوظيفة الاجتماعية

ومما لاشك فيه أن الشريعة الاسلامية : لايتصور فيها الحقوق المطلقة بدون قيد حيث أن الأساس فيها .

التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ومنع أى ضرر يصيب الفرد أو المجتمع وذلك بفرض القيود الكثيرة المتنوعة التى تجعل المالك ينتفع بملكه فى دائرة معينة لايجوز له أن يتعداها .

فالحقوق المطلقة لايمكن ان تثبت فى شريعة تنبع احكامها من الشارع الرحيم بالناس عامـة .

فلقد أرست الشريعة الاسلامية الغراء الأسس والقواعد التى تحقق مصالح الفـــرد مراعية أن هذا الفرد يعيش فى جماعة لها عليه حقوق كما أن له عليها واجبات فهـــى توازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية فلا تغلوا ولاتتصرف فى نظرتهـا الـــى الحقوق كما أنها فى نفس الوقت لاتلغيها ولاتمس جوهرها .

وهذه الحقوق لاتعتبر الا باعتبار الشارع لها بأحكامه وإرادته فالشريعة أســـاس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة .

فالحق فى الفقه الاسلامى وليد الشرائع ولم يكن حقا طبيعيا وانما هو منحة الهبــه يعطيها للافراد وفق مايقضى به الصالح العام .

وذلك يقول الأستاذ محمد مدكـور :

(ليست حقوق الأفراد فى الاسلام طبيعية كما كانت ترى فى القوانين الوضعيــة ولكنها منح الهبة قيدت بمراعاة الصالح العام ، وعدم الاضرار بالآخرين فلهذا يمنـع

المرء من عمل فى الاصل مباح له اذا ترتب عليه اضرار بغيره . لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصه) (١) ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : (لاضرر ولاضرار) .

واذا كانت الشريعة على أساس الحق ، فالأصل فيه القيد حيث أنه مقيد ابتداء بما قيدته به الشريعة ، وبناء على ذلك فليس الأصل فيه الاطلاق بل التقييد بعكس القانون الوضعى الذى كان الأصل فيه الاطلاق والتقييد هو الاستثناء .

وأساس التقييد فى الشريعة الاسلامية للحق ترجع الى النصوص الخاصة بذلك أو القواعد العامة أو مقاصد الشريعة .

وأما ماقيل بأن الملكية فى الشريعة حق مطلق . فللافراد حرية التملك والتصرف والاستثمار كما يشاؤون فهذا قول لايصح أن يذكر ولايصدر من شخص لديه دراية طفيفة بقواعد الشريعة وأصولها وأحكامها (٢) واذا ثبت بأن الملكية حق مقيد أصلا فى الشريعة الاسلامية فما أساس ذلك لدى الفقهاء المحدثين ؟ .

لقد اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال بأن الملكية فى الشريعة الاسلاميه وظيفة اجتماعية ومنهم من قال بأنها حق فردى له وظيفة اجتماعية والبعض الآخر قال بأنها حق شخصى ذو وظيفة شرعية . (٣)

---

(١) المدخل للفقه الاسلامى د . محمد سلام مدكور ـ الطبعة الرابعة سنه ١٩٦٩ ط ٤٢ .

(٢) انظر الى من قال بالاطلاق . محمد باقر الصدر اقتصادنا ص ٣٨٥ .

(٣) انظر عرض هذه الآراء وحججهم فى رسالتنا السابقة ص ١٤٣ ومابعدها .

المطلب الثانـــى

الوظيفة الاجتماعية فى القانون الوضعى المصـــرى

أجمع الفقهاء على رفض الفكرة التقليدية فحق الملكية باعتباره حقا مطلقا والأخـــذ بفكرة جديدة تغير من حق الملكية الى حق آخر من طبيعة جديدة .

وقد أختلفت الآراء فى تحديد الطبيعة الجديدة المقيدة لحق الملكيـــة وذلـــك على قولـين :ـ

القـــول الاول :

يرى بعض شراح القانون المصرى بأن أساس تقييد الملكية : أنها وظيفه اجتماعيـه (١) حيث أن القيود الكثيرة قد أحاطت بالملكية حتى قضت على أطلاقها تحت ضغط الحاجه الاجتماعيـه .

وهذا هو نفس الاتجاه للعميد (ديجى) ولذلك أعترض على هذا القول بأنـــه يسقط فكرة الحق من الملكية وتصبح وظيفة اجتماعية ، كما أن المالك فيها يصبح مجرد موظف يحوز جزءا من الثروة مقتضى أجر ، عينا من الناتج ، ويترتب على ذلـــك أن الجانب الذاتى للملكية غير معترف به ، علما بأن مجال الملكية متسع لاشباع المصالـح الشخصية التى ينفرد بها المالك يباشر سلطاته لمصلحته الخاصة وتحقيق هذه المصلحة الخاصة يحقق المصلحة بطريق غير مباشر .

القـــول الثانـــى :

ذهب جمهور شراح القانون الى أن القول الراجح هو أن الملكية الخاصة حـــق

---

(١) من أخذ بهذا الرأى د . محمد على عرفه ـ شرح القانون المدنى الجديـد ـ فى حق الملكية سنه ١٩٥٤ج ١ ص١٨٦ـ وكتابه موجز فى حق الملكية ص٦ ٧٥ سنه ١٩٥٦م ، مقاله ـ الملكية فى ظل الاشتراكية العربية ـ مجله ادارة قضايا الحكومه سنه٧ عدد ٢ ص١١١ ، راغب حنا ، عادل عليوه : على الشريطى : الملكية وتطوراتهـــا الاجتماعية والمحاماه سنه ١٩٤٦العدد ٧ ، ٨ ص ٩٣٠ .

ذاتى لها وظيفة اجتماعية [١] فلا تهدر سلطة المالك الذاتية فيما يملك ولا يقتصر على مبادرته الفردية بهذا الشأن ، فلا بد من التوفيق بين المصلحة الخاصة وبين مطالب الجماعة ومصالحها .

وبهذا الاتجاه أخذت معظم القوانين الوضعية العربية ، حيث أنها مع احترامها للملكية الفردية أو جعلها مبدأ اساسيا وجوهريا وافق عليها النظام الاقتصادى والقانونى فقد وضعت أمورا تدل على الاتجاه الاجتماعى للملكية الفردية واعتبارها حق فردى له وظيفة اجتماعية ومن هذه الامور :-

أولا : تقرير كثير من القيود الواردة على الملكية الفردية مما يدل على الحد من اطلاق الملكية ، فوضعت القواعد التي تمنع سوء استعمال الحق ، والقواعد التى تنظم استثمار المالك لاملاكه لتحقيق المصالح العامة والتى تنظم علاقات الجوار وحماية المستأجرين والاعمال وغير ذلك من النظم الدالة على الوجهة الاجتماعية .

ثانيا : نظر الى الاستغلال الذى كان يعرض مصالح المجتمع للخطر المستمر مالم يوضع له حد ، فقد اتجهت معظم الدول العربية الى الاقلال من الملكيات الخاصة وكثرة الملكيات العامة فضلا عن زيادة الاعباء الملقاة على عاتق المالك من أجل تحقيق المصالح العامة .

ثالثا : العمل على تجزئة الملكيات الكبيرة ووضع حدا أقصى للملكيات الزراعية ونزع الزائد عنه لتوزيعها على صغار الفلاحين والهدف من ذلك هو زيادة عدد الملاك

---

(١) انظر فى ذلك السنهورى ج ٨ ص ٥٥٥ ف ١٣٣ السابق ، دكتور/ احمد سلامه - السابق ص ٨١ ، د . عبد المنعم البدراوى - السابق ، ص ١٧ ف ١١ ، منصور مصطفى منصور السابق ص ١٥ ف ٦ ، د . جميل الشرقاوى الحقوق العينية الاصلية ص ٢١ ، د . عبد المنعم الصده ص ٢٤ ، مصطفى الجمال - نظام الملكية ص ١٧ ، ١٨ ، أبو شنب - السابق ف ٢١٧ ، ٢٢٠ ومابعدها ، د . نزيه المهدى - السابق ص ٦٥٠ .

لتحقيق المصلحة الاجتماعية للافراد وتذويب الفوارق بين الطبقات والبعد بصغار الفلاحين عن الاستغلال وتشجيعهم الى الجهد والنشاط والانفاق في العمل . (١)

وكل هذا يرجع الى أقرارهم بأن الملكية ليست حقا خالصا لزوبها بل هو حق فردى واجتماعى فى وقت واحد .

مامعنى أن الملكية حق ذاتى ؟ وماهو الاساس التى تقوم عليه الوظيفه الاجتماعيه؟ وما أثرها فى منطقتى الانتاج والاستهلاك ؟ .

وقد بينا أن القول الراجح فى الفقه المصرى وغيره من البلاد العربية أن الملكية حق ذاتى وله وظيفة أجتماعية .

فالملكية حق ذاتى فى عناصره يعنى أن المالك له سلطة ذاتية على الشىء المملوك وتعتبر أوسع السلطات الحرية فى استعمال واستغلاله والتصرف فيه وأرضاءا لمصالحه الشخصية ووفاءا بحاجته الذاتيه .

والملكية حق ذاتى فى خصائصه : حيث أن المالك يجمع فى يده كل السلطات المخولة له على الشىء . ويستأثر بها وحده دون مشاركة الغير فيها بغير اذن المالك كما أن هذا الحق يدوم بدوام محله مما يدل على الطابع الذاتى للملكية ، لان المالك يستطيع هو وورثته من بعده أن يستأثروا ويظلوا مستأثرين للشىء المملوك حتى يهلك أو يتلف وهذه الذاتية تعتبر من مقومات حق الملكية ، وخصائصه البارزة ومن أجل ذلك كانت دعوى الاستحقاق غير قابله للسقوط بالتقادم .

= ومابعدها ، عبد الحى حجازى . بحث الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة _ الحلقة الدراسية الثانية للقانون والعلوم السياسية ص ٢٧٣ ومابعدها سنه ١٩٦٧م .

(١) الملكية والقوانين العربية _ الصدة ج ١ ص ١٥ _ ١٦ .

وكذلك أيضا نجد أن الملكية حق ذاتي في نطاقه : بمعنى أن الملكيه هى أوسع الحقوق الذاتية نطاقا ، لذلك يمتد حق المالك ليشمل سطح الارض طوليا وعرضيا ومافوقها وماتحتها علوا وعمقا ولكن الى الحد المفيد للتمتع . (١)

كما أن لمالك الشيء الحق في الحصول على كل ملحقاته وما يخرجه من ثمار ومنتجات ، الا اذا كان هناك نص أو اتفاق يخالف ذلك . (٢)

وفضلا عن ذلك فأن الملكية حق ذاتي في حمايته : ومعنى ذلك ان القانون يحمى مالك الشيء حماية شاملة ، فلا يجوز نزع ملكيته بالقوة الا بشروط اهمها أن يكون هناك مبرر قوى ، وأن يعوض المالك مقدما عن ملكه . كما لايجوز للغير أن يعتدى على ملكه فاذا أعتدى عليه . فقد وضع المشرع له سلاحا قويا في يده لايسقط بالتقادم وهى دعوى الاستحقاق ، بموجبها يقوم المالك باسترداد ملكه من تحت يد أى حائز لها غاصبا كان أو غير غاصب . (٣)

ومما تقدم يتضح لنا أن الملكية حق ذاتي في عناصره وخصائصه وفي نطاقه وحمايته ومن أجل ذلك كانت الملكية الفردية أقوى حافز على العمل لان الانسان من طبعه حب الذات . وهو يجعله أقوى مايكون في نشاطه واقباله على عمله حينما يعلم بأن لكده وتعبه جزاء يختص به وحده دون مشاركة غيره .

واذا كانت الملكية الذاتية خير حافز على العمل فانها أيضا خير ضمان للاستغلال الشخصى ، لأن الانسان الذى لايملك شيئا يعتبر فاقدا لاستغلاله ويكون عبدا لمن ملك ، ولذلك الدولة تجعل هذه الملكية في متناول كل من يعمل حتى تكون الملكية الذاتية افضل جزاء على العمل وأقوى حافزا عليه وخير ضمان للاستغلال والحرية . (٤)

---

(١) م ٢/٨٠٣ مدنى .
(٢) م ٢/٨٠٤ مدنى .
(٣) أنظر في تفصيل ذلك كله السنهورى ج ٨ حق الملكية ص ٥٥٠ ومابعدها .
(٤) المرجع نفسه ص ٥٥٣ .

ولذلك يقول : بعض فقهاء القانون : الملكية الذاتيه هى التى عليها الاستقلال الانسان وحريته .

فمن لا يملك شيئا لنفسه يكون تابعا تبعية تامة للاخرين ، ويصبح من البيروليتاريا مستعبدا للدولة اذا كانت الدولة هى التى تملك كل شئ أو مستعبدا لمن يملكون اذا كان هؤلاء هم الذين يستحوذون على الثروة .

فمن الضرورى أذن أن يستطيع كل فرد الحصول على مال يكون له وحده وشيوعيه المال اذا تحرم الانسان من ذلك تحوله الى عبد رقيق للدولـــه ...

والملكية الذاتية هى الكفيل ، فى ميدان النشاط الاقتصادى ، بأجود مايكون من الانتاج .(١)

ماهو الاساس الذى تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية :

قد بينا أن حق الملكية حق ذاتى فى عناصره وخصائصه ونطاقه وحمايته الا أن ذاتيته هذه لاتنفى كونه حقا له وظيفة اجتماعية يتحتم على المالك أن يقوم بها فللملكية حق ذاتى وحق اجتماعى فى وقت واحد ولم يعد على اطلاقه تحت تأثير النزعات الاشتراكية التى بدأ ظهورها فى القرن التاسع عشر ثم اتسع أمرها فى القرن العشرين الذى برزت فيه الوظيفة .

والأساس الذى تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية يتضح لنا فى أمرين :ـ

الأمــــر الاول :

هو مراعاة مبدأ التضامن الاجتماعى الذى ظهر فى جميع مراحل التاريخ حيث كانت القبائل الرحالة تشعر بنوع من التضامن فيما بينهم ويتضح ذلك فى دفاعهم المشترك عن كيانهم ومعاشهم ، كما يتضح فى الاسرة التى تجمع افرادها رابطة الدم والقرابة والدين وفضلا عن ذلك فان كل جماعة قومية متضامنون فيما بينهم .

---

(١) مازوف ١٣٠٤ ص ١٠٦٤ نقلا من الوسيط للسنهورى ، ٨ حاشية ص ٥٣٣ .

الأمــر الثانــى :

الواجب على الانسان أن يراعى بانه مدين لمجتمعه الذى يعيش فيه بما اكتسبه من عمله ، لان حق الملكية ليس وليدا للمجهود الشخصى للمالك بل هو نتيجة أيضا لمساهمة المجتمع فى انشاء هذه الملكية والمحافظة عليها وحمايتها من اعتداءات الغير ولذا كان من اللازم أن يكون لهذه الملكية وظيفة اجتماعية تؤديها لهذا المجتمع (١)

ولذلك تقول الاستاذه مازو فى هذا المعنى : (اذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتيا ، فأن استعماله يجب أن يكون اجتماعيا ومعنى ذلك ان على المالك أن يضع فى اعتباره وزنا لمصالح الغير ويستطيع المشرع أن يرغمه على ان يفعل اذا كان قد نسى . وهذا هو الذى يبرر القيود التى تحد من اطلاق حق الملكية). (٢)

موقف التقنين المدنى الجديد والقضاء المصرى الحديث من الوظيفة الاجتماعية للملكيـة :

لقد بينا أن الرأى الراجح فى الفقه المصرى هو أن حق الملكية حق ذاتى لـه وظيفة اجتماعية وبهذا أخذ المشرع المصرى حينما نبذ الفكرة المطلقة للملكيـة التى كانت راسخة فى القانون المدنى القديم ، وبرهن على ذلك فى نص المادة (٨٠٢) مدنى القائله :—

(لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصـرف فيه) .

ولكنى أرى أنه من الواجب على المشرع فى جمهورية مصر العربية أن ينص على الوظيفة الاجتماعية بنص مستقل من القانون المدنى لان هذه الوظيفة تعتبر هى الاســاس

(١) السنهورى السابق ص٥٥٤ ، نزيه المهدى الملكية فى النظام الاشتراكى ص٦٥٣ .
(٢) مازو ف١٣٠٤ ص١٠٦٥ نقلا على السنهورى حاشية ص٥٤٤ .

للقيود الواردة على الملكية ، كما أنها تخلق التزاما قانونيا على عاتق المالك بحيث يكون استغلاله لملكه في كل الاحوال متفقا مع وظيفته الاجتماعية ولذلك نجد أن النص على هذه الوظيفة في القانون لم يكن من قبيل الايضاحات الفقهية كما قيل في كل الاعمال التحضيرية لانها تؤثر في طبيعة حق الملكية نفسه . (١)

موقف القضاء المصري الحديث :

ان القضاء المصري الحديث وخصوصا محكمة النقض المصرية المدنية تؤيد أيضا ما انتهينا اليه من أن القول الصحيح هو أن الملكية حق ذاتي لها وظيفة اجتماعية معنى ذلك أن القيود القانونية مهما كثرت تحت تأثير المذاهب الاجتماعية والمبادئ الاشتراكية لاتعتبر من طبيعة الملكية من حيث اعتبارها حقا مقصورا على صاحبه ومقيدا بالمصلحة العامة .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية المدنية بأن :

١ - تحديد سعر جبري لسلعة معينة وفرض قيود على حرية مشتري هذه السلعة في التصرف فيها بقصد تحقيق العدالة والتوزيع على المستهلكين ومنع المضاربة فيها لاينفي ملكية مشتري السلعة لها .

٢ - وان تقيد حق الملكية بقيود قانونية تنظمها تشريعات خاصة مراعاة المصلحة العامة أمرا جائزا ولكنه يؤثر على بقاء حق الملكية وقيامه (٢) وفضلا عن ذلك فأن محكمة الاستئناف بالقاهرة قد بينت في حكمها (بأن القيود الواردة على حق الملكية والتصرف فيه بواسطة القوانين التموينية هي عبارة عن قيود على استعمال الملكية والتصرف فيها وليس من شأنها أن تهدر حق الملكية ذاته ولاتتنافى مع وجوده ذلك أن حق الملكية ليس حقا مطلقا دائما وانما قد ترد عليه قيود تشريعية منها مايتعلق بالمصلحة

---

(١) نزيه المهدي ص ٦٥٤ .

(٢) نقد مدني في ٤/٢/١٩٦٩م - طعن رقم ٥٦ مجموعة أحكام النقض سنه ١٩٦٩ سنه ٢ قاعدة ٩ ص ٢٤٧ .

العامه ومنها مايمس بالمصلحة الخاصة دون أن يغير ذلك من طبيعة حق الملكيــة ذاته أو سلطات الاخرى التي يمنحها) . (١)

ومما تقدم يتضح لنا أن القول الصحيح في الفقه المصرى والتقنين المدني والقضاء الحديث بأن الملكية لحق ذاتي له وظيفة اجتماعية ومهما كثرت القيود الواردة على الملكية فانها لاتغير من كون الملكية حق ذاتي واجتماعي في وقت واحد وتأييدا لما سبق واتماما للفائدة نرى أن نسجل هنا ما أوصت به لجنة الملكية ووظيفتها الاجتماعية في العالم العربي في الحلقة الدراسية الثانية للقانون والعلوم السياسية والتي عقدت باشراف المجلس الاعلى لرعاية الفنون والآداب في جمهوريه مصر العربية حضرها وفود رسمية من عدد الدول العربية وهذه التوصيات هي :ـ

أولا : التوصية بتأييد تقرير مبدأ الملكية الخاصة الى جانب الملكية العامــة في أموال الاستهلاك وأموال الانتاج .

ثانيا : التوصية بتجميع البادرات الفردية التي لاتستهدف الاحتكار أو استغلال القوى للضعيف .

ثالثا : التوصية باعتبار الملكية الخاصة حقا للفرد ذا وظيفة اجتماعية بحيــث تكون وسيلة لتحقيق مصلحة الجماعة الى جانب مصلحة المالك .

رابعا : التوصية بأن تنص القوانين على الوظيفة الاجتماعية للملكيــة الفرديــة به وان تنظم هذه الوظيفة .

خامسا : التوصيــة بأباحــه الفرص لاكبر عــدد ممكن من المواطنين ليكونــوا ملاكــا .

---

(١) استئناف القاهرة في ٢١/٢/١٩٦١ = قضيه رقم ٣٩٤ المجموعة الرسميــة للاحكام والبحوث القانونية سنه ١٩٦٠ عدد ١ ص٣٢ .

سادسا : التوصية بتنظيم حق الملكية وفق ظروف كل دولة وامكانياتها بحيث لاتكون الملكية كبيرة جدا فيحرم معظم المواطنين من فرصة التملك ولاصغيرة جدا فتضر بالانتاج القومى.

سابعا : التوصية بأن تقوم الدولة بتنظيم التعاون بين صغار الملاك بحيث تتحقق مزايا الانتاج الكبيرة دون المساوء. (١)

تطبيقات الوظيفة الاجتماعية للملكية فى القانون المصرى :

لو استعرضنا احكام القانون المصرى عموما ظهر لنا الكثير فى التطبيقات المؤيدة لفكرة الوظيفة الاجتماعية للملكية التى تعتبر هى الاساس للقيود الواردة عليها ونكتفى بذكر بعض من التطبيقات فيما يلى :-

طبقا للمادة (٨١٦ مدنى) التى تنص : (على أن المالك يرى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة.

ومن هذا النص يتضح بأن هناك تطبيقات للمصلحة العامة وأخرى للمصلحة الخاصة.

والتطبيقات التى تعتبر للمصلحة العامة مثل :

(أ) تحديد الحد الاقصى لتملك الاراضى الزراعية ؟ بخمسين فدان للفرد ومائه فدان للأسرة سواء كانت الارض زراعية أو صحراوية أو بورا فالكل فى ذلك سواء طبقا للقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩م.

كما حظر القانون على الاجانب تمليك الاراضى الزراعية طبقا للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ وتملك العقارات عموما فى مناطق الحدود طبقا للامر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ . وقد استمر العمل به بالقانون رقم ١١١ لسنه ١٩٤٥م.

---

(١) د. حجازى - السابق فى الحلقة الدراسية الثانية ص ٣١٩.

(ب) نص القانون على أن :

(ملكية الارض تشمل مافوقها وماتحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا) ٨٠٣/٢ ٠

(جـ) استبعد المشرع من ملكية الافراد الثروات الطبيعية كالمناجم وآبار البترول وسائر المعادن التى تستخرج من باطن الارض وتعتبر ملكا لله وله فقط لا للافراد ٠

(د) تنزع الملكية للمنفعة العامة اذا اقتضت ذلك مصلحة الجماعة ٠

(هـ) الاستيلاء المؤقت على الآشياء المملوكة للافراد فى الظروف الطارئة أو المستعجلة كالغرق أو قطع الجسور أو تفشى الاوبئه ٠

(و) وجوب زراعة محصول معين كالقطن أو الامتناع عن زراعة أنواع أخرى كالدخان والحشيش والافيون وغير ذلك ٠

تطبيقات المصلحة الخاصة :

أ) لايستعمل المالك ملكه استعمالا من شأنه أن يسبب لجاره ضررا فاحشا (٨٠٧ مدنى) ٠

ب) التزام المالك للمسقاة بالسماح لجاره بأن يأخذ منها الماء اللازم لرى أرضه بحيث لايجوز أن يمنعه من ذلك مادام هو قد استوفى حاجته (٨٠٨ مدنى) ٠

جـ) الامتداد القانونى لعقود الايجار بالقوة الجبرية مادام لم يحصل من المستاجرين أى أخلال بالتزاماتهم طبقا للمادة ٣٥ من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنه ١٩٥٢م ، م ٢٣ من قانون ايجار الاماكن ٠

د) لايجوز للمالك فى حالة استغلال ملكه أن يأخذ من المستأجر أجرة تزيد عن الحد الاقصى المقرر قانونا طبقا للمادة (٣٣) من قانون الاصلاح الزراعى المادة (٨ ومابعدها) من قانون ايجار الاماكن ٠

المبحث الثاني

نطاق حق الملكية

ان المقصود بالنطاق هنا هو بيان الحدود المادية للأشياء التى يرد عليها الحق علوا وعمقا وسطحا ، مع بيان مايتضمنه حق الملكية العقارية من عناصر جوهرية للشيء محل الحق ، وثماره ومنتجاته وملحقاته ولذلك نريد أن نبين هذه الامور الآتيه :ـ

أ ـ مدى حق الملكية علوا ؟

ب ـ " " عمقا ؟

جـ ـ " " سطحا ؟

د ـ مايتضمنه حق الملكية من عناصر وثمار ومنتجات وملحقات ٠

أولا : مدى حق الملكية علوا : (١)

تنص المادة ٢/٨٠٣ مدنى على أن (الملكية الارض تشمل ما فوقها وماتحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا) فملكية العلو هى التى تجعل لصاحب الارض الحق فى اقامة المنشآت أو الغرس أو الزرع أو يتمكن من وصول الضوء والهواء أو بيع حق التعلى شريطة عدم الضرر بنفسه وبغيره ٠

ويترتب على ملكية العلو ، أنه من حق المالك أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه فاذا أمتد الشجر أو الزرع فى أرض الجار وكثرت أغصانه حتى احتلت قدرا من العلو المجاور فحجبت الضوء أو الهواء ٠ كان لصاحب هذا العلو أن يطلب من جاره قطع ما امتد من الشجر أو الزرع من علوه ٠

ولا يجوز لصاحب الزرع أو الشجر أن يمتنع عن ذلك مدعيا أنه لن يلحقه ضرر من جراء ذلك ، لأن مجرد الامتداد يكون كافيا ٠ ويكون من حق الجار أن يطلب ازالة

---

(١) السنهورى جـ٨ ص٥٧٢ ، د ٠ احمد سلامة الملكية الفردية فى القانون المصرى ف٢٨ ، د ٠ عبد المنعم الصده ـ السابق ص٣٤ ٠

الجزء من الحائط الذى يميل نحو ملكه لأنه يحتل قدرا من الفضاء الذى يستعمله وخوفا على حياته وحياة أسرته ولو صاد الجار وهو فى أرضه طيرا فى أرض جاره فان هذا الفعل يعتبر اعتداء على علو الجار ٠

والانسان لا يملك العلو ملكية مطلقة من الأرض الى عنان السماء بل حدده المشرع بقوله ((الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا)) ثم فرض على ملكية العلو قيودا تتمثل فى هذه الأمور :-

أ) لا يجوز للمالك أن يتجاوز فى الارتفاع بالمبانى حدا معينا حسبما تقضى ذلك قوانين المبانى٠

ب) لا يجوز للمالك أن يقيم فى أرضه أسلاكا أو منشآت أخرى متعمدا بذلك الاضرار بالملاحة الجوية ، والا كان هذا تعسفا فى استعمال حق الملكية ٠

جـ) لا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات حينما تطير فوق أرضه ٠ حيث لاضرر فى ذلك لانها تحلق على مسافة بعيدة من علوه ٠ ولو ادعى شخص بأن صوت الطائرة مزعجا وفيه ضرر يعود عليه لاتقبل دعواه والا تعطلت الملاحة الجوية ٠

د) لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الاسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التليفونية فوق أرضه ، اذا كان مرور هذه الاسلاك لايحدث ضررا ٠ (١)

ثانيا : مدى حق الملكية عمقا ؟

أن ملكية العمق تجوز للمالك أن يصنع حفرا فى أرضه حتى يستطيع القيام بوضع أساس البناء الذى يشيده فوق أرضه ، ومن حق المالك أن يزرع أرضه فتمتد جذورها الى الاعماق التى تتطلبها ، وله أن يقوم بحفر سراديب بالشكل الذى يراه ، وأن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه بحيث لو امتدت جذور أشجار الغير الى أرضه كان له

---

(١) المادة الاولى من القانون رقم ٩٣ لسنه ١٩٣٩ الخاص بانشاء الخطوط الكهربائية ٠

أن يطلب من القضاء قطع هذه الجذور الممتده [(١)] ولوقام بقطعها وهو يقوم بعمل الحفريات فانه لايكون مسئولا [(٢)] ويترتب على ملكية العمق لصاحب الارض أن الكنز المدفون أو الخبوء تحت الارض يكون ملكا له طبقا لنص المادة ٨٧٢ مدنى التى تنص على أن :-

١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذى لايستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .

٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته اذن ، فالملكية هنا لاتقتصر على مجرد تملك العمق بل تمتد الى ما يوجد بداخل العمق حتى ولو كان المالك يجهل وجوده فى اعماق أرضه . [(٣)]

ولكن هل الملكية هنا مطلقة بمعنى أن المالك يملك العمق الى مركز الكرة الأرضية أم مقيدة ؟؟ ولقد نص المشرع على التقييد حينما قال (الى الحد المفيد فى التمتع بها علو وعمقا) ومن هذا النص ترد على ملكية العمق لصاحب الارض قيود أهمها :-

أ) لايجوز لصاحب الارض أن يعارض فيما تقوم به الدولة من أعمال تحت سطح الأرض على مسافة من العمق لاتضر بصاحب الارض مثل وضع أنابيب المياه فى باطن الأرض .

ب) كل مايعثر عليه فى باطن الأرض من آثار يكون ملكا للدولة لا للمالك ولا يجوز له أن يمنع هذه الأعمال ، والا كان المنع تعسفا فى استعمال حقه .

جـ) نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٨٦ لسنه ١٩٥٦ على أن يعتبر من أموال الدولة مايوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأرض المصرية والمياه الاقليمية

---

(١) د . السنهورى جـ ٨ ف ٣٥٤ .
(٢) د . احمد سلامة ، السابق ف ٣٠ ، شفيق شحاته ف ٧٤ ، حسن كيره ص ١٨٧
(٣) د . احمد سلامه ص ٩٤ السابق .

وكذلك خامات المحاجر عدا مواد البناء كالاحجار الجيرية والرمليه والرمال التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير .

ولقد خرجت هذه المواد من نطاق ملكية العمق لأنها ضروريه ((للاقتصاد الوطنى فضلا عن ان وجودها فى ارض يملكها أحد الافراد انما هو عمل الطبيعة لافضل لمالك الأرض فيه)) (١) وقد نص القانون رقم ٧٣ لسنه ١٩٦٣ على قصر البحث على المواد المعدنية فى المناجم واستغلالها وكذلك استغلال محاجر الجبس والرمال البيضاء على شركات القطاع العام .

ورغم هذه القيود السابقة فان المشرع قد نص على مراعاة حق المالك فى ملكه فى هذه الأمور :

أ) يكون لمالك السطح أولوية على الغير فى البحث والاستغلال متى طلب ذلك واعفائه من الأجر الواجب .

ب) اذا تقرر الاستغلال الى فرد أو الى شركة قطاع خاص يكون للمالك الحق فى الحصول على نصف الايجار من مصلحة المناجم والمحاجر .

جـ) ان من يستخرج مواد البناء من ارضه بقصد استعماله الخاص يعفى من الأتاوة المقررة .

د) تنص المادة ٢٣ من القانون رقم ٨٦ لسنه ١٩٥٦ أنه (على من يقوم بأعمال الكشف وعلى المرخص له فى البحث فى أرض الغير أن يمتنع عن أى عمل من شأنه الاضرار بسطح الارض ، أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه ... والالتزام بالتعويض .

ثالثا : ملكيه العناصر الجوهرية والملحقات والثمار والمنتجات :

١ ـ ان حق الملكية يرد على الشىء وعلى عناصره الجوهرية ـ والعنصر هو

(١) السنهورى جـ٨ ف ٣٥٤ ، اسماعيل غانم ، السابق ص ٦٦ ، الصده ف ٢٤ ، منصور ص ٣٦ .

مايكون جزءا من الشئ بحيث يترتب على فصله الهلاك أو التلف أو التغيير للشـــئ كأسقف البناء والاعمدة والشبابيك والابواب .

٢ ـ كذلك يمتد حق الملكية الى ملحقات الشئ وهى كل ما أعد بصفة دائمـــة لاستعمال الشئ طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقديــن مثل حقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص كالمخازن وحظائر المواشى . (١)

٣ ـ يمتد أيضا حق الملكية الى مايتفرع من الشئ كالثمار والمنتجات حيث كـــل منهما يتولد عن الشئ الأصلى وليس جزءا منه ولا من ملحقاته :

أ) **الثمـــار** : هى ماينتجه الشئ من غلة متجددة فى أوقات متعاقبة بحيـــث لايمس بفصلها أصل الشئ ولاينقص منه وهى تتنوع الى ثلاثة أنواع طبيعية كالزرع الــذى يخرج من الأرض من تلقاء نفسه كالكلاء والعشب وصناعية وهى المحصول الذى يكـــون من عمل الطبيعة والانسان كالمزروعات والفواكه وحرير دودة القز ومدنية وهى كل مايغله من دخل نقدى كأجرة المساكن والأراضى وفوائد رؤوس الأموال .

وقسمها الفقة الوضعى الى ثمار مادية التى تعتبر مقبوضة من يوم فصلها (طبيعيـــة وصناعية) وثمار مدنية التى تعتبر مقبوضة يوما فيوم وهذا أمر يحتاج اليه فى تحديـــد تملك الحائز حسن النية لما قبض من ثمار .

ب) **المنتجـــات** : وهى كل مايخرجه من ثمرات غير متجددة مثل المناجـــم والمحاجر وبهذا يتضح الفرق بين الثمار والمنتجات من أن الثمار تكون دوريه بخـــلاف المنتجات فانها لاتكون كذلك كما أن الثمار لايترتب عليها المساس بأصل الشئ بعكـــس المنتجات فانه يترتب عليها المساس به والنقص منه .

رابعا : ملكيـــة السطح (وضع الحدود) :

ومما لاشك فيه أن الملكية العقارية يعبر عنها بمسطح معين من الأرض كذا فدانـــا

---

(١) الاعمال التحضرية جـ ٦ ص ٢١ السنهورى ، السابق ص ٥٨٨ .

أو قيراطا أو سهما أو مترا أو زرعا وهذا السطح يكون مجاورا لمسطحات أخرى مملوكة لافراد معينين واذا كانت هناك علامات مميزة بين المسطحات فلاجدال ولامنازعة واذا لم يكن هناك علامات أو فواصل بين الملاك الملاحقين فأن هذا يؤدى الى وجود مشاكل قد تحل وديا عن طريق اتفاق الملاك على وضع فواصل بين المسطحات وفى حالة الاتفاق فأن المادة ٨١٣ نصت على انه لكل مالك أن يجبر جاره على وضع الحدود لاملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما • بخلاف التسوير أو التحويط فأن المادة ٨١٨ نصت على : (أنه ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه) •

ووضع الحدود الاجبارى يتم عن طريق دعوى تعيين الحدود أمام القاضى الجزئى أيا كانت قيمة العقار وهذه دعوى غير قابلة للتقادم •

وهذه الدعوى لاعلاقة لها بتثبيت الملكية بحيث لو كان هناك نزاع قائم فى هذا الشأن يختص بنظره قاضى آخر • ويستعين بأهل الخبرة لوضع الفواصل بين المسطحات وذلك بفحص مستندات التمليك ثم مسح الأرض المتلاصقة بعضها ببعض حتى يتبين الزيادة أو العجز ثم ترسم الحدود وتقام عليها العلامات الظاهرة مثل قطع الحديد وقوالب الطوب ويحرر بذلك محضرا لتحديد يوقعه الطرفان أو غيرهما من ذوى الشأن ولابد من تصديق المحكمة عليه فى كلا الحالتين :-

ونفقات التحديد تختلف من نوع لآخر :-

١ - اذا كانت هذه النفقات لمسح الأرض فانها تقسم بنسبة مساحة الأرض التى يملكها كل من المتلاصقين •

٢ - أما نفقات فحص المستندات ورسم الحدود ووضع العلامات الظاهرة فانها تقسم بحسب عدد الرؤوس •

٣ - أما نفقات الدعوى فانها تكون على من خسرها وهذه قاعدة متفق عليها فى مصر وفى فرنسا • (١)

---

(١) الاعمال التحضيرية ج٦ ص ٥٤ ، السنهورى السابق ج ٨ ص ٧٥٠ ، احمد سلامة - السابق ص ٩٠-٩١ ، اسماعيل غانم - السابق ص ٦٣ الذى يقول بأن فحص المستندات تكون حسب نسبة مساحة الارض المتجاورة •

المبحث الثالث

القيود التي ترد على حق الملكيــــة

أن هذه القيود تتنوع الى نوعين :ـ

١ ـ قيود ارادية اذا كان مصدرها الارادة وهى فى الغالب الشروط الاراديــة المانعة من التصرف الذى نص المشرع على مشروعيتها وأثارها على التصرف المقترن بها • ويتضح مدى موافقتها أو مخالفتها للشريعة الاسلامية •

٢ ـ قيود قانونيــة : اذا كان مصدرها القانون لا الارادة والمشرع قد نــص على هذه القيود فى التقنين المدنى • كعدم الغلو فى استعمال حق الملكية وكحقوق الارتفاق القانونية مثل حق المرور وحق الشرب وحق المجرى والمسيل والحائط الفاصــل والمشترك ـ ووضع الحدود ـ فهذه قيود قانونية نظمها القانون المدنى مبينا أحكامها وآثرها •

ولذلك يتطلب البحث هنا أن نقسم هذا الفصل الى مطلبين :ـ

المطلب الاول : فى الشروط الارادية المانعة من التصرف •

" الثانى : فى القيود القانونية التى ترد على حق الملكية •

المطلب الاول

الشروط الارادية المانعة من التصرف فى القانون المدنى المصرى(١) ومدى موافقتها أو مخالفتها للشريعة الاسلاميــة

نريد أن نبين موقف القانون المدنى المصرى من هذه الشروط قديما وحديثـــا مع المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى•

---

(١) د • حسين كيرة ـ الحقوق العينية الاصلية ج ١ ص ١٩٥٧ ، د • منصور مصطفى منصور • حق الملكية فى القانون المصرى المدنى ص ٩٧ـ٩٨ سنه ١٩٦٥ ، د • السنهورى ج ٨ ص ٥٠٦ ف ٣٠٩ ـ ١٩٦٨ •

الفـــرع الاول

موقف التقنين القديم من الشروط المانعة من التصرف

مما لاشك فيه أن كل مالك حر فيما يملك، فله سلطة التصرف فيه على أى وجه من الوجوه تحقيقا لمصلحته وللمصلحة العامة فى تداول الاموال وحسن أستغلالها شريطة عدم الحاق الضرر بالغير ٠

وهذه الحرية فى التصرف تعتبر من أخص عناصر الملكية ولكن هل يجوز للمالك أن يحد من سلطة التصرف فيما يملك بمقتضى شرط ارادى ؟ أم لا ٠

الاصل ان القانون هو الذى يملك الحد من سلطات المالك ولكن هذا لا يمنع الارادة من الحد من التصرف فى بعض الاوقات غير أن ذلك كان محل خلاف بين القضاء والفقه الفرنسى حول جواز هذه الشروط وعدم جوازها ٠

فقد ذهب القضاء الفرنسى فى أول الامر الى اعتبار الشروط التى تحد من سلطة التصرف باطلة بطلانا مطلقا أى سواء كانت المدة المحددة لمنع التصرف موقتة أو موبدة وسواء كان الباعث مشروع أو غير مشروع ٠

وحجته فى ذلك :ـ

أولا : أن هذه الشروط المانعة من التصرف مخالفه للنظام العام وهو أن كل مالك حر التصرف فى ملكه وان الارادة المنفردة مهما كان لها من سلطات فهى لاتخرج عن نطاق النظام العام ٠

ثانيا : ان الملكية الخاصة هى التى تتعلق بها نظام المجتمع الاقتصادى كله ومن هذا المنطلق كانت متعلقة بالنظام العام ـ واذا كانت متعلقة بالنظام العام فالارادة مهما كان سلطاتها لايمكن أن تسلب الملكية الخاصة أخص عناصرها وهى سلطة

التصرف التى تعتبر من جوهر الحق ٠ (١)

ولو سلمنا ان للارادة ذلك فأن المالك يصبح هو المستأجر أو المستعير سواء أى ليس له الا مجرد الانتفاع ٠ من أجل ذلك حكم القضاء الفرنسى ببطلان تلك الشروط ٠

ثالثا : أن الاقطاع الذى كان سائدا فى فرنسا وفى غيرها من العصور التى كانت قبل الثورة كان لها أثر فى ذلك فالاشراف ورجال الكنيسة كانوا يتمتعون بنفوذ مطلق واسع السلطان وان غيرهم من الطبقة العامة لاحق لهم فى التمتع بالحياة فكانوا يحبون الأموال وسائر أنواع الملذات عنهم فكان الفرد من أهل هذه الطبقة عبارة عن حيوان مسخر لخدمة الاشراف ورجال الكنيسة ٠

فلما جاءت الثورة الفرنسية وقضت على جميع المخلفات التى كانت للأشراف وغيرهم وأصبحت حرية نقل الاموال متداولا بين الجميع من أجل ذلك رأى القضاء ان البقاء على هذه الشروط المتقدمة وأمثالها رجوع بالمجتمع الى الوراء ومخالفة صريحة لمبدأ حرية تداول الاموال ومايتطوى عليه من عرقلة التقدم الاقتصادى ٠

وفى منتصف القرن التاسع عشر أعاد القضاء الفرنسى النظر فى حكمه السابق ببطلان الشروط المانعة من التصرف فحكم بصحة بعضها اذا كانت موقتة ولباعث مشروع ٠ فتتحقق الفائدة المرجوة منها للفرد والمجتمع على سواء والا تتضمن اهدارا لملكية المالك أو لحرية تداول الاموال وعلى هذا سار الفقه والقضاء الفرنسى أما التقنين فكان خاليا من النص على ذلك لا بالجواز ولا بعدمه ٠

موقف التقنين المدنى المصرى :

ان التقنين المدنى المصرى القديم قد سكت عن مثل هذه الشروط فلم يتعرض لها

(١) د ٠ جميل الشرقاوى ٠ الحقوق العينية الاصلية جـ١ ص٥٠٨ ف ١٨ طبعة ٧٤ ٠
د ٠ اسماعيل غانم ـ الحقوق العينية الاصلية جـ١ ص٥٢ ، ١٩٥٩م ٠
د ٠ محمد كامل مرسى ـ الحقوق العينية الاصلية جـ ١ ص ١١ ومابعدها سنة ١٩٥١م ٠

لا بإجازه ولا ببطلان شأنه فى ذلك شأن التقنين المدنى الفرنسى•

أما القضاء المصرى فقد سلك مسلك القضاء الفرنسى فى اعتبار الشروط المانعة من التصرف صحيحة على نحو ماتقدم من الحدود السابقة وهى ان تكون مشترطة لمدة معينة وأن تكون متضمنة لمصلحة مشروعة لاتمنع حرية تداول الأموال أو اهدار ملكية الافراد •

وعلى هذا يمكن القول بأن هناك نظرية قد نشأت وتأصلت فى ظل القضاء الفرنسى والمصرى وغايتها اعتبار الشروط المانعة من التصرف شروطا صحيحة بالشروط المتقدمة(١)•

الفرع الثانى

أحكام الشروط المانعة من التصرف فى ظل القانون المدنى المصرى الجديد

وبعد استقرار أحكام القضاء بتصحيح الشروط المانعة من التصرف وأيد الفقه تلك الأحكام القضائية • جاء القانون المدنى الجديد وتدخل فوضعها المشرع فى اطار القانون ونص عليها فى المادتين الآتيتين :-

١ - م ٨٢٣•

أ - (اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة) •

ب - (ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو الغير) •

جـ - (والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير) •

---

(١) أنظر فى هذا المعنى د • حسن كيره - الحقوق العينية الاصلية ف ٨٨ - ص ٢٥٩ ومابعدها جـ ١ طبعة ١٩٥٨•

٢ م ٨٢٤ ـ

ـ (اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لاحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا) ٠

وعلى ضوء هذه النصوص وما فهمناه من الكتب القانونية نريد أن نبين أحكام هذه الشروط بدون تعرض للخلافات الفقهية الكثيرة التى لا يتسع لها المقام ٠

وهذه الاحكام هى :ـ

أولا : ماهى شروط صحة المنع من التصرف ؟

ثانيا : ماهى الآثار المترتبة على صحة المنع من التصرف ؟

ثالثا : ماهو الجزاء المترتب على مخالفة المنع من التصرف ؟

ونتحدث عن هذه الأمور فى ثلاثة أغصان :ـ

الغصن الاول
شروط صحة المنع من التصرف

من النصوص السابقة المبينة لأحكام الشروط الارادية المانعة من التصرف نستنبط بأن الأصل هو تحريم الشروط المانعة من التصرف حيث أنها قيود ترد على حرية المالك فى التصرف فى الشئ الذى يملكه غير أن المشرع المصرى قد أجاز هذه الشروط استثناءا من هذا الأصل اذا توفرت فيها شروط ثلاثة :ـ

١ ـ ضرورة ورود الشرط فى عقد ناقل للملكية ٠

٢ ـ أن يكون الشرط المانع من التصرف مبنيا على باعث مشروع ٠

٣ ـ أن يكون الشرط المانع من التصرف معقول المدة ٠

الشرط الاول : أن يكون الشرط واردا فى عقد ناقل الملكية :

طبقاً لنص المادة ١/٨٢٣ التي تقضي على ورود هذا الشرط في عقد أو وصية يتضح لنا أنه لايجوز للمالك ان يمنع نفسه بارادته المنفردة من التصرف في ملكه لان الشرط المانع يجب ان يتضمنه عقد أو وصية والشرط في حالة العقد يكون نتيجة لاتفاق الطرفين المتصرف والمتصرف اليه وهو الممنوع من التصرف، أما الشرط في الوصية وهي تصرف قانوني من جانب واحد على سبيل التبرع يكون من قبل الموصي وحده حيث يلتزم الموصى له بهذا الشرط في حالة قبوله الوصية •

اذن فالارادة المنفردة لم تكن لها أدنى أثر الا بمقتضى نص تشريعي والا لو اجزنا للمالك ان يفرض على نفسه هذا المنع بدون تصرف ناقل للملكية لاترتب على ذلك عدم قابلية ماله للحجز عليه فيتحايل المالك المدين بهذا الطريق في الانتقاص من حق الضمان العام للدائنين • (١)

ويستدل على حتمية ورود الشرط المانع من التصرف في العقد الناقل للملكية بأن القانون في تنظيمه للشرط المانع من التصرف يفترض وجود شخصين أحدهما المشترط وقد سماه القانون المتصرف والشخص الآخر الممنوع من التصرف اطلق عليه المتصرف اليه وهذا مما يعني دائما ان الشرط لابد أن يكون في اطار معاملة لنقل الملكية • (٢)

والعقد الذي يرد فيه هذا الشرط أما أن يكون عقد معارضة كالبيع وهذا أمر نادر جدا في الحياة العملية كما لو اشترى انسان منزلا واشترط البائع على المشترى عدم التصرف فيه مدة موقتة ولغرض مشروع •

---

(١) انظر د • السنهوري جـ٨ ص ٣٠٩ هامش ، د • جميل الشرقاوي ـ السابق ص٥٣ د • شفيق شحاته ف ١٠٠ ص ١٢٤ ، حسن كيره ف ٨٩ جـ١ ص ١٩٥٨ ، منصور مصطفى منصور ف ٤٤ ص ١٠١ ، د • محمد كامل مرسي جـ١ ف ٢٠٢ ص ٥١٦ ط ١٩٥١م ، اسماعيل غانم ف ٤١ ص٧٣ ، عبد المنعم البدراوي ف ٧٥ ص٨٠ محمد لبيب شنب موجز في الحقوق العينية الاصلية ص ٢٥٩ ف ٢٤٧ ط ١٩٧٢ •

(٢) د • جميل الغزاوي ـ حق الملكية ـ السابق ص ٥٣ •

والغالب ان يكون العقد الذى اشتمل على هذا الشرط من عقود التبرع كالوصية أو الهبة الصريحة أو المستترة فى عقد البيع .

ولذلك تقول المذكرة الايضاحية بالمشروع التمهيدى : (فالشرط المانع قد يرد فى وصية أو عقد . ويكون العقد فى الغالب هبة أو هبة مستترة فى بيع) . (١)

ويقول فى ذلك الدكتور جميل الشرقاوى : (وشرط المنع من التصرف بما يقتضيه من غل يد المالك الممنوع وحرمانه من سلطة عامة من سلطات المالك لا يتصور قبوله الا حيث يكون ناقل الملكية فى مركز يسمح له بغرض هذا الشرط كما لو كان ينقل الملكية تبرعا فى هبة أو وصية . وان كان هذا لا يعنى استحالة وروده فى معارضة كالبيع فى الصورة العملية النادرة التى يقبله فيها المشترى) .

وهل يرد ذلك الشرط فى العقار والمنقول ام فى العقار فقط ؟

(الأصل أن المنع من التصرف جائز بالنسبة للعقار والمنقول ولكنه لا يرد عادة الا فى التصرفات التى تنسب على العقار لما يؤدى اليه تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول من اهدار أثر الشرط) (٢)

وهل يقتصر ورود الشرط المانع فى التصرف الناقل للملكية أم يرد فى حق الانتفاع ؟

ان الغالب ورود هذا الشرط فى تصرف ناقل فى ملكية مال منع اشتراط عدم التصرف فيه ولكن هذا لا يمنع من وروده فى حق الانتفاع مع اشتراط عدم جواز التصرف فيه .

(وقد ينشأ مجرد التزام دون أن ينقل الملكية أو حق الانتفاع والمثل البارز فى هذا الصدد ان يتعهد شخص لآخر بترتيب ايراد له مدى الحياة ويكون قد قصد بذلك أن يوفر له اسباب المعيشة طوال حياته فيشترط فى تعهده عدم جواز التصرف

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٦ ص ٧٦ .
(٢) الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ص ٥٤ المرجع السابق .

في هذا الايراد . (١)

وأما وروده في الوعد بالبيع حيث يشترط الموعود له بالبيع على الواعد الا يتصرف في العين الموعود ببيعها طوال مدة الوعد .

وكذلك اشتراط الدائن المرتهن على الراهن الا يتصرف في العين المرهونة ما دام الرهن قائم .

فقد حصل خلاف كبير بين هذين الشرطين الآخيرين صحتهما وعدم الصحة بين رجال القانون — فمنهم من أجاز الاول وقال بعدم اجازة الثاني حيث انه لاتقوم فيه مصلحة راجحة . (٢)

وخلاصة القول في هذا الشرط الذى يتحتم ورود الشروط المانعة من التصرف في عقد أو وصية بأن هذا الامر لابد منه لانه لايجوز لانسان ان يقيد ملكه بنفسه بدون تصرف لان هذا يؤدى الى اهدار حقوق الدائنين اذا كان المقيد لملكه مدينا .

كما أن الغالب في هذا الشرط أن يرد في عقود التبرعات والنادر يكون في عقود المعارضة .

ويجوز ان يرد في تصرف ناقل في حق الانتفاع ولا يكون ناقلا لحق الملكية .

الشرط الثاني : الباعث المشروع :

متى يكون الباعث مشروعا ؟

ان المادة ٢/٨٢٣ بينت لنا المقصود من الباعث المشروع من الشرط المانع من التصرف بقولها (ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف اليه أو الغير .

---

(١) الاستاذ الدكتور السنهوري جـ٨ ص ٥٠٨ ونفس المعنى د . الصدة ١٠١ ط ١٩٧٤ ود . كيره ص ٢٦٣ .

(٢) الاستاذ الدكتور السنهوري جـ ٨ ص ٥٠٩ هامش .

ويقول الدكتور جميل الشرقاوى : (والمصلحة المشروعة هى : المصلحة الجدية التى تبرر احترام رغبة مشترط المنع وحرمان المالك من قدرته على التصرف فيما يملك وجدية المصلحة (او مشروعيتها كما يعبر النص) أمر يتوقف على ظروف كل حالة ويرجع تقديره عند الخلاف فيه الى القضاء الذى يفصل فى الامر على ضوء هذه الظروف) . (١)

فالشرط المانع من التصرف الوارد فى العقد الناقل للملكية لايكون صحيحا الا اذا كان الباعث عليه مشروعا .

وتتحقق الشرعية اذا كانت المصلحة جدية يقصد بها حماية مصلحة مشروعة له أى المتصرف أو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف اليه أو مصلحة مشروعة ونسوق اليك الامثلة التى توضح لك تلك المصالح .

أولا : المصلحة المشروعة للمتصرف :

أ - مثل مالو باع انسان قطعة أرض لآخر ثم احتفظ البائع لنفسه بحق انتفاع على الشىء المبيع وهو قطعة الارض ومن أجل ذلك اشترط البائع منع المشترى من التصرف فى الشىء المبيع مدة الانتفاع .

ب - ومثل مالو وهب انسان لآخر فيلا فى الزمالك مكونة من ثلاثة طوابق ثم اشترط الواهب على الموهوب له ايرادا مرتبا طالما هو على قيد الحياة وكان ذلك فى مقابل الهبة . ولضمان الحصول على هذا المرتب اشترط عليه عدم التصرف فى هذه الفيلا رغبة فى البقاء تحت حيازته حتى يكون قادرا على الوفاء بهذا الشرط من غلتها . أو اشترط الواهب على الموهوب له .

هذا الشرط احتياطا لضمان حقه فى الرجوع فى الهبة واسترداد الشىء الموهوب

---

(١) الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ص ٥١ ف ١٩ المرجع السابق .

له بالتصرف فيه يعتبر مانعا من موانع الرجوع فى الهبة (١) ويكون له الرجوع اذا ، تحقق له عذر من الاعذار المقبولة التى نص عليه المشرع . (٢)

ومن المصلحة المشروعة للمشترط أن يشترط البائع المنع من التصرف فى نفس الشئ المبيع حتى يوفى المشترى جميع الثمن المتفق عليه فى عقد المبيع ضمانا لسداد الثمن .

وقد يبيع شخص جزءا مفرزا من عقاره لآخر ثم يشترط على المشترى عدم جواز التصرف فى الجزء المبيع حتى يقتصر الجواز على المشترى دون شخص أجنبى آخر. (٣)

وكما يجوز ان تكون المصلحة المشروعة المقصود حمايتها مادية وكذلك يجوز أن تكون تلك المصلحة ادبية مثل مالو قصد المتصرف بشرطه المانع من التصرف الا يقتحم أجنبى نطاق املاك أسرته . (٤)

هذه الامثلة السابقة لاشك انها تحمل فى طياتها المصلحة الجدية المشروعة ولذلك يجوز للمتصرف حمايتها .

ثانيا : أمثلة المصلحة المشروعة للمتصرف اليه (الممنوع من التصرف) :

ان المتصرف هنا يريد بالشرط المانع من التصرف حماية المتصرف اليه نفسه كما لو وهب شخص عقارا لشخص آخر واشترط عليه المنع من التصرف فى هذا العقار لحمايته من تبذيره وسفهه وعدم خبرته للأمور ومن أجل المحافظة على هذا العقار اشترط الواهب المنع من التصرف حتى يظل العقار فى ذمته طوال المدة المعينة أو حتى لمدى حياته أو لزوال مرضه وطيشه أو حتى يحسن التصرف .

---

(١) انظر المادة (٥٠٢) مدنى / ج (اذا تصرف الموهوب له بالشىء الموهوب تصرفا نهائيا) .

(٢) الوسيط للسنهورى جـ٨ ص ٥١٠ ف ٣١١ .

(٣) الوسيط للسنهورى جـ ٨ ص ٥١٠ ف ٣١١ فى الهامش .

ونستنتج من ذلك الغرض من المنع فى هذه الحالة حماية مصلحة مادية للموهوب له وفى الوقت نفسه فأن المنع يحمى مصلحة ادبية للواهب وهذه المصلحة هى التى دفعته الى اشتراط المنع حرصا على مصلحة الموهوب له لوجود قرابة أو صداقة بين المتصرف والمتصرف اليه . (١)

ثالثا : أمثلة المصلحة المشروعة للغير :

ان المصلحة المشروعة هنا خاصة للغير لا بالمتصرف ولا بالمتصرف اليه وذلك فى حالة مالو كان هناك للغير حقوق متعلقة بالشىء المتصرف فيه محل الملكية مثل مالو وهب شخص قطعة أرض زراعية لآخر أو أوصى بها ثم اشترط الواهب أو الموهوب له أن يؤدى مرتبا دوريا للغير طول حياته ضمانا للوفاء بهذا الشرط اشترط المتصرف على المتصرف له بالهبة أو الوصية المنع من التصرف فى هذه القطعة الزراعية حتى يقدر على السداد من غلتها طالما هذا الغير حيا . أو ربما يكون للغير حق انتفاع أو حق سكنى فى المنزل المتصرف فيه .

وقد لايشترط المتصرف شيئا الا أن المتصرف لو أراد أن يبيع العقار لابد من عرضه للبيع لشخص معين فهذا يعتبر تقيدا لحرية المتصرف اليه لمن يريد (٢) وبغير توافر المصلحة الجدية المشروعة على الامثلة السابقة لايصح شرطا المنع لانه والحالة هذه يكون مبنيا على باعث غير مشروع . (٣)

وسلطة التقدير فى مشروعية الباعث أو عدمه هى المحكمة ولذلك نص المشرع على الضوابط التى تنير الطريق الى القاضى حتى يتبين له مدى مشروعيته ولذلك كان معيار الباعث المشروع معيارا مرنا فى يد القاضى يعطيه سلطة واسعة للتقدير حيث أن هذه السلطة تمكنه من الاحاطة والاستجابة للظروف والملابسات العملية المختلفة تحت ضوء المصلحة الجدية المقصودة للمشترط أو المشترط عليه أو الغير الذى يريد المتصرف حمايته وتحقيق مصلحته .

---

(١) د . جميل الشرقاوى ص ٥٢ ومنصور مصطفى منصور ص ١٠٠ ، ولبيب شنب ص ٣٦١
(٢) د . السنهورى جـ٨ ص ٥١٢ .
(٣) د . جميل الشرقاوى ص ٥٢ .

الشرط الثالث : أن يكون المنع من التصرف مقصورا على مدة معقولة :

ان اشتراط المنع من التصرف انما هو خروج عن القاعدة العامة التي تعطى المالك حرية التصرف في ملكه لكافة انواع التصرفات المشروعة ولذلك حينما أباحه المشرع لم يبحه مطلقا بدون شروط أو قيود تحده بل اشترط فضلا عن الباعث المشروع معقولية المدة ونص على ذلك في المادة ١/٨٢٣ بأن يكون المنع مقصورا على مدة معقولة ثم بين المشرع صور هذه المدة المعقولة في الفقرة الثالثة لهذه المادة فقال : (والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير) .

ولكن لم يترك هذا على اطلاقه بل قد يكون اشتراط المنع من التصرف مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير فيه ضرر يلحق المتصرف اليه كما لو اشترط المتصرف الامتناع عن التصرف على مكتسب الملكية وهو شاب لدى حياته فيعتبر هذا الشرط غير مقبول لانه يحرمه من سلطة التصرف في ملكه طوال حياته فأشبه لو كان الشرط مؤبدا وليس موقتا .

أما لو كان القصد من هذا الشرط هو حفظ المال لورثة الممنوع من التصرف حيث أنه معروف بالتبذير وسوء التقدير وكان شيخا كبيرا فليس هناك مايدعوا الى القول بعدم اجازة هذا الشرط (١) طبقا للنص المتقدم ٣/٨٢٣ مدني .

ومعقولية المدة هذه مسألة موضوعية يفصل فيها القضاء عند النزاع على معقولية المدة وعدم معقوليتها وفقا لظروف وملابسات كل حالة على حدها .

وعلى القاضي ان ينظر الى طبيعة الشيء الممنوع من التصرف والى المصلحة الجدية المشروعة (ولامعقب عليه من محكمة النقض) (٢) .

---

(١) د . جميل الشرقاوي ص ٥٢ ، د . منصور مصطفى منصور ص ١٠١ ف ٤٣ السابق . قال البدراوي ص ٩٧ ف ٧٥ حيث يرى أن الشرط المانع من التصرف لمدى حياة المتصرف اليه يكون باطلا متأثرا بالقضاء الفرنسي .

(٢) د . السنهوري جـ ٨ ص ٥١٤ .

فمثلا اذا وهب انسان منزلا لآخر واشترط على الموهوب له أن يؤدى له مرتبا دوريا مدى حياته ثم منعه من التصرف طيلة حياته فى المنزل الموهوب فالغرض من هذا المنع ظاهر وهو ضمان حصول الواهب على المرتب طيلة حياته . وهذا يتطلب ان يكون المنع مستمرا طول هذه المدة وبالتالى تكون المدة معقولة . أما لو باع شخص حديقة بثمن مؤجل الى خمسة عشر سنة واشترط البائع منع المشترى من التصرف مدة حياته . فلو نظرنا الى هذا المنع لوجدناه يتجاوز الحد المعقول لان الانسان المتصرف اليه قد يسدد الثمن فى ميعاده ثم بعد ذلك يطول أجله الى ماشاء الله فالمنع بعد السداد عبث ولذلك يحكم القاضى فى هذه الحالة بعدم معقولية المدة .

ومثال الشرط المانع من التصرف مدى حياة المتصرف :

كما لو اشترط لنفسه ايرادا مدى الحياة فالمدة هنا تستغرق حياة المتصرف ومع ذلك تكون معقولة والغرض مشروع وكذلك اشتراطه حق السكنى أو الانتفاع مدى الحياة .

ومثال الشرط المانع مدى حياة الغير :

كما اشترط الواهب على الموهوب له ايرادا يرتبه للغير مدى حياته فالمدة هنا تستغرق حياة الغير وهى معقولة .

وقد تقدر المدة بزمن مباشر كسنة أو خمس سنوات أو شهرين أو ثلاثة (واذا حددت للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف أو مدة معقولة ومات المتصرف له قبل انقضاء هذه المدة فأن التركة تنتقل الى ورثته مثقلة بالشرط المانع . وبناء على ذلك فلا يجوز لهؤلاء ان يتصرفوا فيها حتى تنقضى المدة المحددة) .(١)

وكذلك الامر لو مات المتصرف له قبل موت الغير أى قبل انتهاء المدة المعقولة انتقلت العين مثقلة بالشرط المانع الى ورثة المتصرف له فلا يجوز لهم التصرف مادام الغير حيا .

هذه هى الشروط الثلاثة التى يجب توافرها حتى يكون الشرط المانع من التصرف

---

(١) د . السنهورى ج ٨ ص ٥١٠ .

صحيحا نافذ المفعول ومرتبا لآثاره ٠

وما الحكم لو تخلف أحد هذه الشروط ؟ وما أثر ذلك على العقد ؟

مما لاشك فيه أنه لو تخلف أحد هذه الشروط السابقة فى صحة الشرط المانع من التصرف كان الشرط باطلا وهذا لاخلاف فيه بين فقهاء القانون ٠

ولكن ما أثر بطلان الشرط المانع على العقد ؟ هل يبطل العقد أم يظل صحيحا ٠

الأصل ان الشرط يبطل وحده ويظل التصرف المقترن به الشرط صحيحا منتجا لآثاره الا اذا كان الشرط هو الباعث الدافع الى التعاقد بمعنى أن التصرف ما كان ليتم بغير الشرط الذى وقع باطلا وفى هذه الحالة يمتد البطلان الى العقد ذاته الذى اقترن به الشرط الباطل (١) وطبقا لحكم المادة (١٤٣) مدنى والتى تنص على انه : (اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق التى وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كليــة) ٠

الفصـــل الثانـــى

الآثار المترتبة على صحة الشروط المانعة من التصــرف

اذا توافرت الشروط السابقة كان شرط المنع من التصرف صحيحا وترتب عليه آثاره من عدم جواز التصرف الممنوع وعدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف ٠

---

(١) انظر الى من أخذ بهذا الرأى : د ٠ السنهورى جـ٨ص٥١٣ ، د ٠ جميل الشرقاوى ص٥٤ ، منصور مصطفى منصور ص١٠٤ ف ٤٥ ، لبيب شنب ف ٢٥٠ اسماعيل غانم ص٨١ـ٨٢ ف ٣٨ طبعة ١٩٦٢ الحقوق العينية الاصلية جـ ١ الطبعة الثانية ٠ عكس ذلك عبد المنعم الصده ص١٧٨ ف١١٥ ، د ٠ أحمد سلامه ف ٤٥ يجوز للقاضى ان ينقص المدة الغير معقولة الى الحد المعقول بدلا من بطلان الشرط ٠

أولا : عدم جواز التصرف الممنوع ونطاقه :

من آثار صحه الشرط المانع من التصرف هو عدم جواز التصرف الممنوع ولكن ما هو نطاق هذا المنع •

١ ـ اما أن يكون العقد الناقل للملكية قد حدد التصرفات الممنوعة أم لا ؟ فأن حددها كما لو شرط المتصرف على المتصرف اليه الا يتصرف تصرفا يؤدى الى خروج الملك عن يده فلا يجوز له والحالة هذه أن يبرم عقدا من العقود التى تؤدى الى خروج الملك عن يده فلا يجوز له أن يبيع ولا أن يهب وانما يجوز له أن يعمر أو يؤجر أو يرهن لأن هذه التصرفات ليست ناقلة للملكية وليست فيها خروجا للعين عن يده بوجه من الوجوه وكل مافيها خروج المنفعة فى الايجارة والاعارة والمرهون باق ملكه للراهن ومنفعته كذلك وأما الوديعة فهى باقية على ملك ربها •

واذا كان الشرط المقتضى للمنع من التصرف قد شرط عدم الهبة فقط فلا تجوز له أن يهب وانما يجوز له ان يبيع وأن يقايض أن يجعل الشىء حصة فى شركة لأن منعه عن الهبة منع من نوع خاص من التصرفات فلا يتعداها •

٢ ـ وأما اذا لم يحدد العقد أو الوصية طبيعة التصرفات الممنوعة فماذا يكون الحكم ؟ وما هو المقصود من المنع فى هذا الغرض ؟

١) اتفق الفقه الوضعى المصرى على أن المنع من التصرف لايشتمل التصرفات المادية فله ان يتصرف جميع التصرفات المادية لانه ليس ممنوعا منها قانونا فله أن يهدم أو أن يعيد البناء أو يغير الغرض المخصوص له كما لو كان مدرسة فجعله مسجدا • فالتصرفات المادية هذه لايمنع منها الا بنص صريح عليها فى العقد أو الوصية •(١)

(١) السنهورى جـ٨ ص ٥١٨ ، شفيق شحاته ص ١٢٤ هامش ، أبو شنب ص ٢٦٤ السابق • عكس ذلك د • جميل الشرقاوى ص ٥٦ حيث يرى المانع من التصرفات المادية •

٢) وكذا لايشمل المنع التصرفات القانونية التي لاتؤدى الى نقل حق عيني اصلي او تبعي فله أن يؤجر الشيء أو يعيره او يودعه او أن يكلف شخص بصيانته واصلاحه فكل ذلك لايمنع منه عند الاطلاق (١) وكذلك التصرفات المقررة للحقوق كالقسمة (٢) او الصلح . (٣)

٣) أما التصرفات الجزئية والمراد بها تصرفات تؤدى الى أن يترتب على العين حقوق عينية على الشيء غير حق الملكية فتلك التصرفات محل خلاف بين الفقهاء .

أ - يرى البعض وهو الرأى الراجح لدى فقهاء القانون ان التصرف الجزئي كالتصرف الكلي فهو ممنوع وعلى هذا فلا يجوز له أن يقرر على الشيء الممنوع حق انتفاع أو استعمال أو سكنى أو حق رهن رسمي أو حيازي . (٤)

ب - ويرى البعض الآخر الى جواز التصرف الجزئي في حالة الاطلاق وحجتهم في ذلك أن لفظ التصرف عند الاطلاق ينصرف الى التصرف الكلي دون الجزئي وعلى ذلك فيجوز له أن ينشيء حق انتفاع أو ارتفاق أو غيره الا اذا كان هناك تعارض مع الغرض المقصود من المنع من التصرف . (٥)

والذى أميل اليه هو الرأى الاخير لأن التصرف له معنيان ، معنى واسع يشمل انشاء ونقل الحقوق العينية عموما ، ومعنى ضيق المقصور على نقل الملكية فاذا وجد

---

(١) عبد المنعم الصده - السابق ص ١١٢ ، منصور ص ٤٦ .
(٢) د . جميل الشرقاوى ف ٢٠ ص ٥٥ .
(٣) د . أحمد سلامه ف ٤٦ الملكية الفردية .
(٤) د . السنهورى جـ ٨ ص ٥١٨ ، شفيق شحاته ف ١٠١ ، جميل الشرقاوى ص ٥٥ ، منصور ص ٤٦ ، الصدة ف ١١٧ .
(٥) قرب د . جميل الشرقاوى حاشية ص ٥٥ ، د . احمد سلامة ف ٤٦ .

شك حول الارادة التى اشترطت المنع بحيث لا يعرف قصدها فى حالة الاطلاق وجب الاخذ فى هذه الحالة بالمعنى الضيق لأن الأصل هو حرية التصرف . (١)

وشرط المنع لا يجوز فى نقل الملك بالطرق اللاارادية : كنقل الملك الى الغير بطريق الميراث أو التقادم المكسب أو نزع الملكية للمصلحة العامة لله وله فهذه اسباب ناقلة للملك قهرية خارجة عن ارادة الشخص الممنوع .

ما حكم المنع المتسبب فى الضرر :

وقد يترتب على هذا المنع الحاق ضرر بالعين الممنوع عن التصرف كما لو كانت عبارة عن بناء تداعت اركانه وتهدمت جدرانه بحيث يكون الترميم فيه غير مفيد وليس فى قدرة المالك له أن يعيد بناءه ففى هذه الحالة يجوز للمالك الممنوع من التصرف أن يرفع أمره الى المحكمة طالبا منها ان تمنحه أذن ببيع هذه العين . ومن حق القاضى فى هذه الحالة أن يشترط على المالك المذكور وضع الثمن فى عقار آخر يحل محل السابق الذى أذنت المحكمة له فى بيعه هذا فى حالة مالم يأذن مشترط المنع من التصرف على استبداله بعين أخرى أما لو أذن له فلا حاجة للرجوع الى القضاء . (٢)

ثانيا : عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف :

من الآثار المترتبة على المنع من التصرف امتناع توقيع حجز على الشىء الممنوع من التصرف تمهيدا لبيعه .

اذ لو جاز توقيع الحجز على الشىء الممنوع منه التصرف وبيعه وبالتالى أيفاء أصحاب الديون ديونهم من ثمنها لأصبح المانع من التصرف شرطا عديم الجدوى لافائدة منه نظرا لان الممنوع من التصرف يستطيع أن يستدين .

---

(١) انظر الى من أخذ بهذا الرأى د . عبد المنعم البدراوى ف ٧٧ ص ٩٩ ط ١٩٦٨ الثالثة ، د . محمد شنب ــ السابق ص ٢٦٥ .

(٢) د . جميل الشرقاوى ص ٥٦ ، محمد شنب ص ٢٦٥ .

ولا يفي بديونه وان يدعى ديونا وهمية فيقوم الدائنون بالحجز على المال وبيعه مما يفوت المصلحة المشروعة المراد حمايتها بالشرط المانع من التصرف فاذا زال هذا الشرط بانقضاء المدة المحددة له وأصبح المال من الجائز التصرف فيه فانه يصبح من الجائز . (١)

الغصن الثالث

جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف في القانون المصري

تقرر المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري بأنه : (اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو في الوصية صحيحا طبقا لاحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا) .

ولكن ماطبيعة هذا البطلان المترتب على مخالفة الشرط المانع ؟ هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي أم هذا البطلان من نوع خاص ؟؟

والذي يتضح لنا من هذا النص أن بطلان التصرف المخالف لشرط المنع يكون باطلا بطلانا مطلقا : لأنه صريح في ذلك حيث (يقع باطلا) والتصرف الباطل في لغة القانون المدني المصري هو التصرف الباطل بطلانا مطلقا ولو اراد المشرع البطلان النسبي لعبر بقوله : (قابل للأبطال) كما هو المتبع وعدم تعبيره بذلك دليل واضح على ان التصرف المخالف يقع باطلا بطلانا مطلقا .

ويؤيد ذلك ماجاء في المذكرة الايضاحية بخصوص هذا فنقول : (واذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما فالشرط المانع من التصرف صحيح فأن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف وقد حسم المشرع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسألة اذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف

---

(١) انظر عكس ذلك د . جميل الشرقاوي ف ٢٢ شرط المنع من التصرف والقابلية للحجز وهذه المسألة فيها خلاف كبير بين فقهاء القانون لايتسع لها المقام .

المخالف او فسخ التصرف الاصلي والذى يطلب بطلان التصرف المخالف وهو المتصرف اذ له دائما مصلحة فى ذلك ويطلب كذلك المتصرف له أو الغير اذا كان الشـــرط المانع اريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما) . (١)

وقد حصل خلاف كبير بين فقهاء القانون حول التكيف القانونى للشرط المانع مـن التصرف هل هو يقتصر على ترتيب التزام شخصى فى ذمة المتصرف له يمنعه من التصـرف فى العين أو هو شرط يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها أو ينشىء حالــة نقص أهلية لدى المتصرف اليه وخصوصا اذا كان المقصود فى المنع هو تحقيق مصلحتـه لحمايته من تبذيره أو سوء تقديره . (٢)

ويبدو من النص السابق أنه أخذ بعدم قابلية العين للتصرف وهذا التقرير السابق للمشروع من النص على البطلان المطلق وعدم قابلية المال للتصرف محل مناقشة :

لأن الأحكام التى نص عليها القانون لبطلان التصرف المخالف لاتتفق مع الأحكـام العامة فى البطلان المطلق من عدة وجوه :ـ

أولا : فالبطلان المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف لم يتقـــرر للمصلحة العامة بل للمصلحة الخاصة ومن أجل ذلك لايتعلق بالنظام العام .

ثانيا : لايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها بل لابد من الطلـــب لذلك من كل ذى مصلحة .

ثالثا : ان هـذا البطـلان يزول بالاجازة فالـنزول عن طلب البطلان يسقط الحق فيـه .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج٦ ص٧٣ .

(٢) انظر الى هذه الآراء والاعتراضات الموجهة اليها ـ د . السنهورى ج ٨ ف ٣٢١ ، ٣٢٢ ، د . جميل الشرقاوى ف ٢١ المرجع السابق .
ومن أخذ انه ينشأ حالة نقص أهلية د . شفيق شحاته ف ١٠٣ ص ١٢٨ .

رابعا : اما البطلان المطلق الذى قرره القانون المدنى ونص عليه فهو متعلق بالنظام العام بمعنى أنه لا يقبل الاسقاط ولكل ذى مصلحة التمسك به بل المحكمه من حقها ان تقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يتمثل به أحد الخصوم طالما ظهر لها ذلك فى النزاع المطروح أمامها (١) . بخلاف البطلان الذى معنا فهو مقرر للمصلحة الخاصة بين الطرفين المتصرف والمتصرف اليه . أو للغير المشترط من اجله المصلحة المشروعة ومن أجل ذلك قيل بأن البطلان النسبى غير منطبق عليه .

لأن البطلان النسبى يتقرر لمصلحة أحد أطراف العقد المنسوب به أما فى البطلان الذى معنا فيباح فيه طلب بطلان التصرف الذى يتم بين المتصرف اليه الممنوع ومن تصرف له الثانى : للمشترط أو الغير صاحب المصلحة دون أن يكون الغير طرفا فى العقد . والرأى السائد فى الفقه المصرى أن المشترط معه حق المشاركة مع الغير فى طلب الابطال أو الاجازة لما بينهما من مصلحة أدبية متوافرة (٢) ومع الممنوع كذلك من التصرف .

ولذلك رأى بعض الشراح ان هذا البطلان بطلان من نوع خاص ولذلك يقول الدكتور منصور مصطفى منصور : (أن البطلان هنا لا يسرى عليه) أحكام البطلان المطلق ولا احكام البطلان النسبى على النحو المقرر وفقا للقواعد العامة وانما تسرى عليه من أحكام البطلان ما يؤدى الى تحقيق الغرض من شرط المنع فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ويقتصر حق طلب الابطال على حق من تقرر الشرط لمصلحته . (٣)

أما عدم قابلية المال للتصرف فقد رجحة بعض الشراح حيث قال والراجح أن بطلان التصرف المخالف يرجع الى أن اشتراط عدم التصرف فى المال يجعل هذا

---

(١) د . جميل الشرقاوى ص ٦٦ السابق ، محمد لبيب شنب ص ٢٦٧ .
(٢) د . جميل الشرقاوى ص ٦٧ ، منصور ص ١٧٧ ، الصده ف ١١٨ ، محمد شنب ص ٢٧٦ .
(٣) د . منصور ص ١١٦ ف ٤٩ .

المال غير قابل للتصرف فيه ويعبر عن هذا الوصف بتعبيرات مختلفة منها أنه قيد عيني أو تكليف عيني أو عدم تصرف عيني التصرف في مال لا يجوز التصرف فيه يقع باطلا سواء كانت عدم قابلية المال للتصرف مصدرها القانون مباشرة كالأموال العامة وحقوق الاستعمال والسكنى أو كانت عدم القابلية للتصرف مصدرها الارادة كما هو الحال بالنسبة للمال موضوع الشرط المانع من التصرف . (١)

وهذا هو الرأى الذى أخذنا به تمشيا مع المعنى الظاهر من النص المتقدم للمادة ٨٢٤ .

الفصل الثالث

المقارنة بين الشريعة والقانون

ماسبق دراسته للشروط المصاحبه للعقد الناقل للملكية يتضح للقارئ أن المقارنة من وجهين :-

الوجه الاول : في القيود الارادية المصاحبة للعقد عامة :

نجد أن الفقه الاسلامى قسم الشروط المصاحبة للعقد الناقل للملكية الى شروط صحيحه يصح معها العقد وشروط فاسدة .. وهذه الشروط الفاسدة لاقيمة لها ولاتقيد الملكية بل قد تؤثر على العقد فتبطله . وقد تكون باطلة فى نفسها بدون العقد بخلاف القانون الوضعى فكل شرط صاحب العقد الصحيح شريطة الا يكون مخالفا للنظام العام والآداب لأن العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة ١٧٤ مدنى.

الوجه الثانى : فى الشروط المانعة من التصرف :

١ - الأصل فى الشروط المانعة من التصرف الحظر ، حيث أنها مخالفة

---

(١) د . محمد لبيب شنب ص ٢٦٨ .

لمقتضى العقد ، لان من موجب العقد التصرف فى الشيء المملوك كيفما شاء ومتى يشاء ولمن يشاء • فاشتراط المنع من التصرف فى تحضير للسلعة ومنع التداول المشروع مع جميع الناس قد يسبب عن ذلك اضرارا بالمصلحة العامة لضعف الكيان الاقتصادى للدولة من جراء ذلك •

كما يؤدى الى الاضرار بالمشترى لمنعه وحرمانه من مباشرة حقه فى التصرف فى الشيء المملوك له ، بأوجه التصرفات المشروعة وبالثمن الذى يرغبه ، وما الى ذلك •

وهذا الأصل محل اتفاق بين الشريعة والقانون ، لأنه من الاسس المقررة قانونا حرية المالك فى التصرف فى ملكه والانتفاع والاستغلال به ، وذلك لافساح المجال أمام النشاط الفردى وضمان تداول الأموال واستثمارها بالوسائل المشروعة على خير الوجوه وأحسنها •

ومما تقدم نجد أنه اذا اشترط أحد المتعاقدين الامتناع عن التصرف فى محل العقد كان الشرط صحيحا فى عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف وما الى ذلك •

شريطه أن يكون ذلك لغرض مشروع ، ولمدة معينه ومعقوله • وهذه المدة يجوز أن تكون مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير وهذا بناء على الرأى الذى أخذنا به خلافا لجمهور الفقهاء الذين أبوا صحة هذه الشروط •

اما فى عقد المعاوضات فأن الشرط المانع من التصرف يكون فاسدا الا اذا كان الشرط يحقق نفعا مشروعا للمتصرف وكان أثره يسيرا على حرية تصرف المالك فى الشيء الذى يملكه •

وهذا هو ما عليه القانون الوضعى فلقد بينا أن الأصل فيه تحريم هذه الشروط وقد أجازوها بشروط ثلاثه :ـ

١ ـ ورودها فى عقد أو وصية •

٢ ـ الباعث المشروع •

٣ ـ معقولية المدة •

وقد أجازها القانون بدون فرق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات غير أن هذه الشروط تقع في الاغلبية الساحقة في التبرعات حيث أن المتبرع له الحق في أن يملي ماشاء من الشروط وما على الموهوب له أو الموصى له الا أن يخضع لهذا الامر لان هذا بدون مقابل .

٣ - ان الفقه الاسلامي يفرق بين الشرط في عقد التبرع حيث أجازه لانه مبني على التبرع والتفضيل (وما على المحسنين من سبيل) وعقد المعاوضة فان الشرط فيه لايكون صحيحا الا اذا توافر فيه الغرض المشروع وكان المنع يسيرا أي غير مؤثر على حرية المالك في التصرف في الشئ الذي يملكه وأساس هذه التفرقة هو أن عقد المعاوضة مبني على المساواة بين المتعاقدين في الثمن والمثمن فيجوز للبائع التصرف في الثمن كيفما يشاء فان هذه المساواة تعطي هذا الحق للمشتري في أن يتصرف في الشيء المبيع كيفما شاء ولمن شاء واشتراط المنع من التصرف يتعارض مع هذا الحق الا انه اذا كان تأثيره قليلا بحيث لايترتب عليه ضرر بالغ ولاهدم لمبدأ المساواه .

لأن مبادئ الشريعة السماوية التجاوز عن الأمر اليسير أما اذا كان التأثير على حرية التصرف كبيرا فأن ذلك ممنوع لأن فيه ضرر بالمشتري وبالمجتمع وخلاصة القول في ذلك :-

أن الفرق بين صحة الشرط غالبا في عقد التبرع وعدم صحته الا اذا كان يسيرا في عقد المعارضة ينظر فيه الى المال محل العقد ومدى تأثره بهذا الشرط . لأن العوامل الاجتماعية هي التي فرقت بين سلعة تعطى عن طريق التبرع وأخرى تعطى بالثمن . ولاشك أن الأولى لايشترط فيها ما يشترط في الثانية فطبيعة التصرف مختلف فقبول التبرعات لهذا الشرط لايتعارض مع عدم قبول المعاوضات له .

٤ - وفي كلتا الحالتين اذا صح الشرط لزم الوفاء به فأن تعذر الوفاء به كان للمشترط الخيار بين فسخ العقد واسترداد المعقود عليه او نفاذه بدون الشرط واذا نفذ بدون الشرط رجع في عقد المعاوضة بما نقصه من العوض في مقابل هذا الشرط

الذى لم يسلم للمشترط

٥ ـ أما اذا كان الشرط فاسدا فأنه يسقط ويصح العقد ويكون للمشترط سواء علم بفساد الشرط أو لم يعلم الحق فى فسخ العقد أو امضاوءه بدون الشرط واذا اختار امضاوءه رجع بما نقص من العوض مقابل هذا الشرط الذى لم يسلم له .

٦ ـ أما لو نظرنا الى الاثر المترتب على هذا الشرط اذا كان صحيحا فى القانون نجد أنه يلزم المتصرف اليه بالامتناع عن التصرف وعدم جواز الحجز عليه من الدائنين والا لو اجزنا الحجز على المال الممنوع منه التصرف لكان الشرط عديم الجدوى ولاقيمة له ـ واذا كان الشرط فاسدا ـ فلا يبطل التصرف الا اذا كان هو السبب الدافع الى التعاقد فيبطل الشرط والعقد .

المطلب الثانى

القيود القانونية

ان هذه القيود تتنوع الى نوعين : قيود قانونية تتعلق بالمصلحة العامة وقيود قانونية تتعلق بالمصلحة الخاصة :ـ

أولا : القيود القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة :

هى التى تتقرر لغرض يتصل بالصالح العام . وهذه القيود غير مقننة فى القانون المدنى . ولذلك كانت كثيرة ومتنوعة نشرت فى تشريعات خاصة . من هذه القيود المسافات والشروط التى نصت عليها التشريعات المتعلقة بالمحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحه والمضرة بالصحة والخطرة . وبهذا اشارت المادة ٨٢٢ مدنى بقولها (ان المصانع والآبار والآلات التجارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة فى اللوائح وبالشروط التى تفرضها) وكذلك القيود التى تنص عليها التشريعات الخاصة المتعلقة بالتنظيم وردم البرك وتسوير الاراضى الفضاء . وتحديد المساحات التى تخصص لانواع معينه من المزروعات

وغير ذلك من القيود المتعلقة بالمصلحة العامة .

ثانيا : القيود التي ترد على حق الملكية وتتعلق بالمصلحة الخاصة :

وهذه القيود هي التي تتقرر حماية لمصلحة خاصة جديرة بالعناية والرعاية . وقد نص عليها المشرع في القانون المدني في المواد من ٨٠٧ الى ٨٢١ مبينا الأحكام المتعلقة بها .

وهذه القيود تتنوع الى عدة انواع :-

أ - قيود تتعلق باستعمال حق الملكية (عدم الغلو في استعماله) .

ب - " " بحق المرور في أرض الجار .

جـ - " " بالتلاصق في الجوار .

د - " " بنظام الانتفاع بالمياه في الري (حق المجرى وحق الشرب وحق الصرف) .

هـ - قيود ترد على سلطة مالك الأرض الزراعية في الاستغلال والتصرف . نص عليها قانون الاصلاح الزراعي .

ونرجئ الكلام على النوعين الاخيرين من القيود للحديث عنهما في مادة القانون الزراعي حتى لا يتكرر الكلام فيها .. ثم نوضح بقية الأنواع من هذه القيود في ثلاثة فروع :-

الفرع الاول : عدم الغلو في استعمال حق الملكية (التزامات الجوار) .

الفرع الثاني : حق المرور في أرض الجار .

الفرع الثالث: القيود التي ترجع الى التلاصق في الجوار .

الفرع الاول

عدم الغلو في استعمال حق الملكية

(((التزامات الجوار)))

تمهيد وتقسيم :

١

ومما لاشك فيه ان المالك يسأل عن أى خطأ ارتكبه من جراء استعماله لملكه طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ـ فالمالك يسأل عما يملك من عقار باعتباره حارسا للبناء طبقا للمادة (١٧٧) مدنى مصرى .(١)

أو باعتباره حارسا للحيوان (١٧٦) (٢) أو لأشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او لآلات ميكانيكية (م١٧٨) (٣) وذلك اذا توافرت شروط المسئولية عن هذا الفعل الضار بالغير سواء كان جارا أم لا . وكذلك يسأل المالك وفقا لقواعد المسئولية المدنية العامة عن كل ضرر لحق بالغير بخطئه فيلتزم بالتعويض لكل شخص لحقه أضرار من فعل المالك . وذلك بنص المادة (١٦٣) مدنى .(٤)
(١٦٤ مدنى) (٥)

وفضلا عن ذلك فان المالك يكون مسئولا بصفة عامة اذا استعمل حقه استعمالا غير مشروع ـ بمعنى أنه لم يقصد باستعماله لحقه سوى الاضرار بالغير ، أو اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة ، أو اذا كانت المصالح التى يرمى الى

---

(١) التى تنص على أن (حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا مالم يثبت ان الحادث لايرجع سببه الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه) .

(٢) (حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ... الخ) .

(٣) (كل من يتولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلالات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر ... الخ) .

(٤) التى تنص (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) .

(٥) التى تنص (يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة التى صدرت منه وهو مميز) .

تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لاتتناسب البته مع مايصيب الغير من ضرر بسببها . (١)

وبالاضافة الى ماسبق من القواعد التى تسرى على المالك وغيره من اصحاب الحقوق وسواء كان المالك جارا أم لا .

نجد أن القانون قد شدد فى مسئولية المالك إذا كان جارا . فاذا استعمل ملكه ونتج عن استعماله إحداث ضرر لجيرانه شريطة أن يكون ضررا غير مألوف فيكون والحالة هذه مسئولا عن تعويض هذا الجار طبقا لنص المادة ٨٠٧ مدنى التى تنص على :ـ

١) على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

٢) وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لايمكن تجنبها ، وانما أن يطلب ازالة هذه المضار ، اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يُراعَى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر ، والغرض الذى خصصت له .

ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

والذى يستنبط من هذا النص انه يقيد المالك فى الاستفادة من ملكه بعدم الغلو فى استعمال ملكه إلى حد يلحق بالجار اضرارا غير مألوفة . اما الضرر المألوف وهو مايقع بين الجيران عادة فلا يمنع منه المالك .

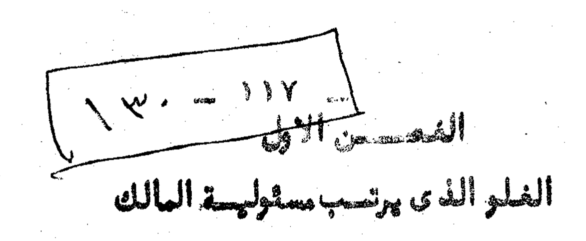
ولذلك نتكلم فى هذا المطلب عن الغلو الذى يترتب مسئولية المالك ، وما الجزاء الذى يترتب عليه ؟ وما أساس المسئولية هنا ؟

ومن أجل ذلك نقسم هذا الفرع الى ثلاثة أغصان :

الغصن الاول : ماهو الغلو الذى يُسأل عنه المالك . [الضرر غير المألوف]

الغصن الثانى : ماهو الجزاء المترتب على وقوع الغلو .

الغصن الثالث: ما أساس مسئولية المالك هنا .



الفصل الأول

الغلو الذى يرتب مسئولية المالك

طبقا للمادة ٨٠٧ مدنى نجد ان المالك لا يسأل عن الضرر الذى يلحق جاره من جراء استعمال ملكه الا اذا كان مغاليا فى استعماله لحقه وترتب على الغلو ضررا غير مألوف .

بخلاف مالو كان ضررا مألوفا فانه لا يمكن تجنبه بحال من الاحوال لأن التلاصق بين الجيران يسبب عادة اضرارا ومضايقات لا يمكن تلاشيها .

(ولو قيد حق المالك فى استعمال ملكه بعدم حدوث أى ضرر للجار لكان ذلك نقصا من منفعة الأموال . اذا كان اتجار الاملاك يقتضى بطبيعته تحمل كل مالك بقدر من المضايقات المألوفة التى يجب التسامح فيها والا غلت ايدى الملاك عن استعمال حقوقهم) . (١)

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى موضحة الشروط التى يجب توافرها فى حالة مضار الجوار غير المألوفة :

(والمبدأ الاساسى الذى وضعه هو نهى المالك عن ان يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . فهناك اذا شرطان لمسئولية المالك ، ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه) .

والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين ان العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتما ، بل ان يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه .

وقد حددت المادة الثانية من النص معنى الغلو ورسمت له معيارا مرنا لا جامدا فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضررا غير مألوف للجار .

---

(١) د . جميل الشرقاوى ف ٢٥ ص ٧٤ .

فالمعيار اذا هو الضرر غير المألوف • ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف والا غلت ايدى الملاك عن استعمال حقوقهم •

اما اذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجار فانه يصبح مسئولا عن تعويض هذا الضرر • (١)

والقانون بهذا أخذ بقول متأخرى الحنفية ومنهم قدرى باشا حيث نص فى المادة ٥٧ من كتاب مرشد الحيوان • على أن (للمالك ان يتصرف كيف يشاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه • فيعلى حائطه ويبنى مايريده • مالم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا) •

وقد عرفت المادة (٥٩) من مرشد الحيوان الضرر الفاحش مايكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية اى المنافع المقصودة من البناء • وأما مايمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش •

والمادة (٦٠) من المرشد نصت على انه : (يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو جديدا) •

والمقصود بالضرر الفاحش الممنوع هو الضرر الذى يرتب مسئولية المالك •

ومما سبق نستنبط بأن الشريعة والقانون يمنعان المالك من الغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار • ولكى يسأل المالك عن هذا الضرر لابد من توافر شرطين :-

١ - غلو المالك فى استعمال حقه •
٢ - أن يترتب على هذا الغلو ضرر يصيب الجار على قدر من الجسامة •

معنى الغلو :

هو أن يصيب المالك فى استعماله لحقه ملكية الجار بضرر غير مألوف (٢) فمعيار

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١ ومابعدها •
(٢) د • السنهورى ٨ ص ٦٩٥ •

التفرقة من مسئولية المالك هو الضرر غير المألوف للجار أما اذا كان الضرر الذى يحدث للجار مألوفا فلا مسئولية . وعلة ذلك أنه لابد من ان يكون بين الجيران قدر من التسامح خصوصا فى هذا الزمن الذى ازداد فيه الازدحام وزاد النشاط التجارى والصناعى . ولذلك كان هذا المعيار معيارا مرنا يتسع لكل مايحدث فى المستقبل من انواع جديدة من المضار التى تجتاز الحد المألوف .

نصت المادة ٢/٨٠٧ (وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على ان يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما للآخر ، والغرض الذى خصصت لها .

ولذلك تقول المذكرة الايضاحية (.. بانه يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها :ـ

أ ـ العرف . ب ـ طبيعة العقارات .

ج ـ موقع كل منهما بالنسبة للآخر .

د ـ الغرض الذى خصصت من أجله .

فمن ذلك ان مايعتبر ضررا مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها .. فاذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط المساكن الهادئة ، كان هذا ضرر غير مألوف يجب ازالته .(١)

(فالحكم على الضرر بانه مألوف او غير مألوف مسألة تتوقف على الظروف الخاصة بكل حالة . فما يعنى أن ضررا بعينه قد يكون مألوفا فى ظروف معينة ، ولكنه يعتبر غير مألوف فى ظروف أخرى . فالمضايقات التى تنتج من الدخان قد تكون ضررا مألوفا فى الريف ، حيث يوجد بكل منزل (فرن) أو فى حي مخصص للمصانع ، ولكنه لا يعد كذلك فى حى سكنى فى المدينة . وقد يكون القدر الناتج عن الضوضاء التى يحدثها

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٣ .

مصنع أو (ورشه) غير مألوف بالنسبة للمساكن المجاورة او المدارس أو المستشفيات ولكنه لا يكون كذلك بالنسبة لما يجاوره من مصانع اخرى ولو كانت لا تحدث ضوضاء مماثله وتصاعد الروائح من الدور الأسفل من مبنى قد يؤدى الى مضايقة صاحب الدور الأعلى ولكنه الى حد ما ضرر لا يمكن تجنبه بسبب موقع العقارات بعضها من بعض ، وفى هذه الحدود يعتبر ضررا مألوفا لا يسأل المالك السفلى عنه) (١) وتحديد ما اذا كان الضرر مألوفا او غير مألوفا مسأله موضوعية يترك التقدير لقاضى الموضوع مراعيا ذلك الاعتبارات السابقة .

وهل للظروف الشخصية اعتبار هنا ؟ ؟؟

ان الاعتبارات السابقة لتقدير الضرر غير المألوف كلها اعتبارات موضوعية متعلقة بالعقار نفسه وباستعماله فى الصورة المعتادة ، بخلاف الظروف الشخصية للجار فلا وزن لها كما لو كان الجار مريضا أو ضعيف الأعصاب فلحقه ضرر جسيم من ضوضاء عادية لا يترتب عليها ضررا غير مألوف بالنسبة لشخص آخر غير مريض . فهذه الظروف الشخصية لا يسأل عنها المالك الذى تسبب فى هذا الضرر .

وهذا لا خلاف فيه بين الفقه المصرى ـ حيث لا اعتبار لحالة الجار الذاتية وانما العبرة بحالة الشخص المعتاد الذى يتحمل ما جرى به العرف .

هل الغرض الذى خصص له العقار داخل فى وصف الضرر أم لا ؟

فمثلا لو كان هناك عقارا مستشفى او دارا للنقاهة وتأثر استغلالها بدرجة غير عادية من الضوء المنبعث من الجار فى حين ان مثلها يعتبر ضررا مألوفا بين الجيران الأصحاء ، فهل هذا الضرر يعتبر غير مألوف بالنظر الى المستشفى ام لا ؟ .

اختلف رجال القانون فى ذلك على قولين :ـ

---

(١) د . جميل الشرقاوى ص ٧٥ ف ٢٥ السابق ونفس المعنى د . منصور ص ٢٥٦ ، د . حسن كيره ص ٢٩٨ ف ١٠٦ مرونه هذا المعيار ، د . السنهورى ف ٤٢٩ ، د . شنب ف ٢٣٠ .

القــول الاول :

ذهب بعض رجال القانون الى عدم الاعتداد بالغرض الذى خصص له هــــذا العقار كمستشفى أو دارا للنقاهة •

وأساس ذلك إنها ظروف خاصة للجار فلا يجوز الأخذ بها فى تحديد وصف الضرر هل هو مألوف أو غير مألوف •

والقائلون بذلك يرون أن المشرع حينما نص فى المادة (٨٠٧) مدنى على " الغرض الذى خصصت له " أى العقار انما يشير الى كافة العقارات المحيطة بعقار المالــــك المسئول عن الضرر غير المألوف بالنسبة للعقارات الأخرى كما لو كانت مبانى سكنيــه أو مصانع أو محل للتجارة وما الى ذلك • فلا يشير الى العقار الذى يملكه الجار وحده • (١)

القــول الثانــى :

ذهب البعض الاخر الى وجوب الاعتداد بالغرض الذى خصص له العقار طبقا لنــص المادة ٢/٨٠٧ شريطة أن يكون هذا التخصيص عاديا اى ظاهرة مألوفه كوجـــود مستشفى فى حى للسكنى • (٢)

وهذا الرأى الاخير هو الذى أميل إليه لأن الامر هنا أمر ظروف موضوعية متعلقــة بالعقار ذلك بسبب إعداده لاستغلال عادى معين وليس أمرا لظروف شخصية استثنائية خاصة بمالك هذا العقار ، فالواجب على الجيران والحالة هذه الا يغلوا فى استعمال أملاكهم محافظة على المستشفى المقامة لرعايتهم •

ما أثر اسيفيه الاستعمال الضار ؟؟؟

ان كل مالك له الحق فى ان يقيم على ملكه مايشاء من المصانع او المبانى للسكــنى

---

(١) انظر د • اسماعيل غانم الحقوق العينية الاصلية ج ١ حق الملكية ط ٢ سنة ١٩٦١ ص ١٣٣ ف ٦٢ ، د • عبد المنعم الصدة حق الملكية ١٩٦٤ م ٥٩ ط ٩٤ •

(٢) د • جميل الشرقاوى ص ٧٦ ، د • منصور ص ٥٨ ، د • حسن كيرة ص ٣٠٠ ف ١٠٦ •

او غير ذلك ، فلو كان للانسان قطعة ارض ثم اقام عليها مصنعا وبعد ايام بنى شخص بجوار المصنع منزلا للسكنى فلحقه ضررا غير مألوف فهل مالك المصنع يسأل عن الضرر غير المألوف الذى لحق مالك المنزل المجاور ام لا ؟؟

والذى يبدو انه ليس لمالك المنزل ان يتضرر من صاحب المصنع لأن بناءه دليل على رضائه بكل مايتوقع من الضوضاء او الرائحة أو الدخان المنبعث من المصنع .

وبهذا قالت الحنفية ولذلك نص قدرى باشا فى كتابه مرشد الحيران فى المادة ٦٣ على أنه (ان كان لاحد دارا يتصرف فيها تصرفا مشروعا فإذاأحدث غيره بجواره بناءا محدثا فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه) .

وعلى مذهب الحنفية سارت المذكرة الايضاحية حيث قالت : (اما اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم . وقد وجد فى ناحية مناسبة له ، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء السكنى الهادئة فليس لصاحب البناء ان يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه) . (١)

غير أن الفقه الوضعى لم يوافق على ماسبق من هذه الصورة المطلقة لأن ذلك يمكّن صاحب المصنع من فرض هذا الاستعمال على جيرانه المستجدين بعده . (٢)

[فهم بين امرين :]

إما أن يخضعوا لهذا الفرض ويقومون باستعمال أملاكهم فى غرض مشابه أو مقارب لصاحب المصنع أو أن يتقبلوا أى ضرر يلحقهم بسبب استعمال المصنع دون حق لهم فى الشكوى .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٢ ـ ٣٣ .

(٢) د . جميل الشرقاوى ص ٧٧ ، د . السنهورى ج ٨ ص ٧٠١ ، د . منصور ص ٩٥ د . الصده ف ٥٨ ص ٩ ، د . حسن كيره ص ٣٠٢ ف ١٠٦ سنه ١٩٥٨ ، د . عبد المنعم البدراوى ف ٩٣ ص ٢٢ السابق سنه ١٩٦٨ ط ٣ .

(ولذا يذهب الفقه الى أن الاسبقية فى تخصيص العقار ، التى تسمح بافتراض قبول مضار معينة هى الأسبقيه الجماعية التى يكون من شانها أن تطبع الحى أو المنطقة بطابع معين فاذا غلب بناء المصانع والمعامل فى حى بحيث أصبح حيا صناعيا لايجوز لمن يأتى بعد ذلك ليبنى فيه سكنا ان يشكو مما يصدر عن مصنع مجاور له من ضوضاء تعتبر ضررا غير مألوف بالنسبة للمسكن لأنه اختار السكن فى حى صناعى .

تعتبر هذه الضوضاء فيه بالنظر لاستعماله العام ضررا مألوفا وعلى ذلك لو بنى أسبق الملاك الى استعمال ارضه مصنعا ، ولكن المبانى المجاورة التى قامت بعد ذلك كانت كلها من المساكن ، بحيث أصبح الحى سكنيا لمجاورى المصنع أن يطلبوا من صاحبه منع مايسببه من ضوضاء ، باعتبارها من مضار الجوار غير المألوفة فى حى سكنى . (١)

والفقه المصرى بهذا أخذ برأى جمهور فقهاء الشريعة بزوال الضرر سواء كان حديثا أم قديما .

هل الترخيص الادارى يعصم من المسئولية ؟

اذا حصل مالك المصانع او المعامل او غيرها من المحال المقلقة للراحة او المضرة بالصحة أو الخطرة على رخصة إدارية فإن هذا لايمنع صاحبه من المسئولية عن الضرر غير المألوف بين الجيران ، لأن الرخصة تعفى صاحب المحل من المسئولية الجنائية فقط ، ولاتأثير لها بعلاقة الجيران بعضهم ببعض وجملة القول فى ذلك :-

إنه لو وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له من الجهات المختصة فهذا الترخيص لايمنع الجار الذى لحقه الضرر من الرجوع على مالك المحل وهذا مانصت عليه المادة رقم ٢/٨٠٧ .

(ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق)

---

(١) د . جميل الشرقاوى ص ٧٧ والهامش رقم ٤ .

(والعلة فى هذا الحكم أن الترخيص اذن كان بقصد فرض رقابة الدولة لضمان توافر قدر من الأمن يمنع الاضرار ، الا انه لايمنع كل الاضرار ولهذا فالادارة ترخص بالاستغلال على ان يقوم المرخص له بالاستغلال على مسئولية بحيث لو ترتب عليه ضرر يتجاوز الحد المألوف كان مسئولا عنه) • (١)

الفصل الثانى
الجزاء المترتب على الغلو فى استعمال حق الملكية

ان الماده ٨٠٧ مدنى تنص على ان للجار ان يطلب أزالة المضار التى يسببها له جاره من استعماله لحقه اذا تجاوزت الحد المألوف •

كما ان المذكرة الايضاحية تقول : ان ازالة الضرر قد تكون عينا أو عن طريق التعويض حسب الأحوال • (٢)

إذن الجزاء المترتب على الغلو فى استعمال المالك لملكه نوعان :-

١) التنفيذ العينى•
٢) التعويض النقدى •

أولا : التعويض النقدى :

من حق القاضى إذا رفع إليه الأمر بسبب ذلك أن يحكم بتعويض نقدى كامل عن الضرر غير المألوف الذى لحق الجار من جراء استعمال المالك لملكه طبقا للقواعد العامة •

فالقاضى له أن يعوض الجار عن الخسارة التى لحقته وعن الكسب الذى فاته ويجوز للقاضى أن يحكم بالتعويض النقدى أو التنفيذ العينى ويخير المالك بينهما فله

---

(١) د • منصور ص ٦٠ ، كيره ف ١٠٧ سنه ١٩٥٨ والمرجع السابق•
(١) الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٨ ومابعدها •

تنفيذ أحدهما حسب اختياره .

وإذا كان الضرر يدوم وقتا من الزمن فللقاضي الحق في الحكم بالتعويض عن كل وحدة زمنية — يوم أو أسبوع أو شهر أو أكثر من ذلك .

ثانيا : التنفيذ العيني :

إذا كان ممكنا جاز للقاضي أن يحكم به ، فمثلا لو كان الضرر ناتجا عن حائط أقامه المالك ، جاز الحكم بهدمه .

ومن طرق التنفيذ العيني : أن يحكم القاضي على المسئول باتخاذ مايراه كافيا من التدابير التي ترد على أعمالها انتشار الدخان أو الأتربة أو شدة الجلبة أو انبعاث رائحة كريهة تجاوزت الحد المألوف ويجوز أن يحدد القاضي ساعات العمل منعا للمضايقات الليلية .

وليس هناك مايمنع المحاكم من أن تقرر الجزاءات المذكورة بتهديد مالي يسري على المحكوم عليه في حالة الامتناع أو التباطوء في التنفيذ ، طبقا للمادة ٢١٣ (١) أو ، أزالة الضرر على حساب المالك طبقا للمادة ٢١٢ مدني . (٢)

وللمحكمة أن تجمع بين التنفيذ العيني والتعويض المالي مقابل ماتحمله المتضرر في المدة السابقه .

وبهذا يكون القانون قد أخذ بأحكام الشريعة الاسلامية الغراء ونضع أمام القارئ

---

(١) التي تنص على انه (اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك) ١/٢١٣ مدني .

(٢) اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل او أخل بهذا الالتزام جاز للدائن ان يطلب ازالة ماوقع مخالفا للالتزام . وله ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين . ٢١٢ مدني .

نصوص مرشد الحيران التي تنص على ازالة الضرر الفاحش .

المادة (٦٠) تنص على أنه (يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حديثا)

المادة (٦١) تنص على أنه (سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لاحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وأن فعل ذلك فللجار ان يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه) .

المادة (٦٢) تنص على أن (رؤية المحل الذى هو محل النساء يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ احداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره وان أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر أمرا بسد الشباك او ببناء ساتر ، فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده) .

وقد نصت مجلة الاحكام العدلية امثلة أخرى للضرر غير المألوف التي يجب ازالته .

فنصت المادة ١٢٠٠ على ما يأتي :ـ

(يدفع الضرر بأى وجه كان ، مثلا لو اتخذت فى اتصال دار وكان حداد او طاحون وكان من طرق الحديد ودوران الطاحونه يحصل وهن للبناء ، أو أحدث فى جانبها فرن أو معصره ، فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى ، فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأى وجه كان) .

(وكذلك لو أحدث رجل بيدرا [١] فى قرب دار لآخر ومجيء الغبار يتأذى صاحب الدار ، حتى لا يطيق الاقامة فيها ، فله ان يكلفه رفع ضرره ـ كما لو أحدث رجل بناء مرتفعا فى قرب بيدر لآخر وسد هبوب ريحه فانه يكلفه رفع الضرر الفاحش) .

(كذلك لو أحدث رجل دكان طبخ فى سوق البزازين وكان الدخان يصيب أمتعة الجار ويضرها فانه يكلفه رفع ضرره) .

وغير ذلك من النصوص الفقهية والمواد المذكورة التي تدل على وجوب ازالة الضرر (وهو التنفيذ العينى بلغة القانون) .

(١) الموضع الذى يدار فيه الحبوب من القمح والشعير والفول وغيرهما .

الفصل الثالث

أساس مسئولية المالك عن الغلو في استعمال حقه

ان القانون الفرنسى لم ينص على مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ، ومن أجل هذا اختلف الرأى فى الفقه الفرنسى حول تحديد الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية ولا مجال لذكر هذه الآراء هنا وانما الذى يلزمنا ان نوضح موقف الفقه المصرى من هذا الأساس .

وقد اختلف الفقه المصرى حول تكييف الرجوع وبيان صلته بالادلة القانونية الأخرى وذلك على ثلاثة آراء :-

الرأى الأول :

ذهب بعض شراح القانون المدنى المصرى الى أن أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة يرد إلى فكرة التعسف فى استعمال الحق قائلين ان المادة (٨٠٧) تضيف لنا معيارا جديد لمعايير التعسف المنصوص عليها (١) فى المادة (٥) مدنى وهى :-

١ - إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

٢ - إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

٣ - إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

الاعتراض على الرأى الاول :

الوجه الأول :

لا يمكن رد المسئولية هنا الى صورة من صور التعسف فى استعمال الحق السابق

---

(١) راجع فى أساس المسئولية عن مضار الجوار . السنهورى ج ٨ ف ٤٣٢ وما بعدها د . نزيه المهدى ص ٦٧٤ وما بعدها . هـ . الصده ف ٥٦ سنه ١٩٦٧ .

الذكـــر •

والعلة فى ذلك أنه لا يمكن لأحد أن يقول بأن المالك لم يقصد باقامة المصنع سوى الاضرار بالغير • ولايمكن القول بأن المصالح التى يرمى الى تحقيقها بهذا المصنـــع لاتتناسب البتة مع مايصيب الجار من ضرر بسببها •

وكذلك لايمكن ان يقال بأن المصالح التى يرمى الى تحقيقها بانشاء المصانع غـير مشروعة •

ولكن الذى يقال فى هذه الحالة : ان المالك باقامة المصنع على ملكه انما قصـد بذلك تحقيق مصلحة جدية مشروعة • ولها اهميتها التى تفوق الضرر •

لذلك لايمكن رد معيار الضرر غير المألوف الى فكرة التعسف فى استعمال الحق •

الوجـه الثانـى :ـ

اذا قلنا بأن المادة ٨٠٧ مدنى تضيف لنا معيارا جديدا لمعايير التعسف فهذا أيضا مردود • لأن التوسع فى نظرية التعسف (يؤدى الى طمس معالم هذه النظريـة واختفاء حدودها ويفوت الغرض الذى قصد اليه الشارع من وضعه لمعايير تهيء للقاضى ضوابط محددة ولايترك امامه مجالا واسعا للاجتهاد) •

الـرأى الثانـــى :

ذهب جمهور الفقه المصرى الى ان مسئولية المالك عن الغلو فى استعمال ملكـه اصبحت واضحة المعالم • طبقا لنص المادة ٨٠٧ •

فلا داعى للاختلاف فى ذلك فى ظل القانون المدنى الجديد فالمسئولية هنـا قائمة على أساس التزام قانونى يقرره صراحة النص •

غير أن الحال لايخلو من أمريـــن :ـ

الامــــر الاول :

اذا قلنا ان المادة تنشىء التزاما قانونيا بعدم تجاوز المالك الحد المألـــوف للضرر . قامت مسئوليته على أساس اخلاله بهذا الالتزام المفروض عليه فيلتزم بالتعويض غير ان المسئولية هنا لاتقوم على أساس (الخطأ) لأن المالك لم ينحرف عن سلوك الشخص العادى . بل تقوم على أساس تحمل تبعة نشاطه وان المالك كما يستفيـــد من ملكيته فعليه أن يتحمل مضارها لان الغنم بالغرم فضلا عن ان القانون المصـــرى ينص على هذه المسئولية بخلاف القانون الفرنسى الذى لم ينص على ذلك . (١)

الامـر الثانـى :

اذا قلنا ان المادة ٨٠٧ تورد قيدا على حق الملكية وهو عدم غلو المالك فـــى استعمال حقة حتى يتسبب عن ذلك ضررا غير مقصود ومألوف للجار .

وبناء على هذا الأمر يضيق نطاق حق الملكية وتنكمش حدوده .

وبهذا التكييف ذهب جمهور الفقه المصرى طبقا لنص المادة ٨٠٧ التى وضعـت حدا على حق الملكية لايجوز للمالك ان يجاوزه وهو الالتزام القانونى بعدم الغلو فى استعمال حق الملكية فلو خالفه المالك وخرج عن حدود حقه واحدث مضارا غـــير مألوفة للجار فأن هذا الخروج يعتبر فعلا خاطئا يستوجب المسئولية .

الـرأى الثالـــث :-

يرى بعض الفقهاء بأن هذا الخلاف ليس له أهمية عملية في القانون المدنى المصرى الحالى نظرا لوجود هذا النص الصريح على عدم الغلو فى استعمال المالك لملكـــه مع انك تلاحظ ان التعسف فى استعمال الحق يعتبر وفقا للرأى الراجح من صـــور الخطأ التقصيرى . (٢)

---

(١) د . عبد الرازق السنهورى الوسيط ج ٨ حق الملكية ص ٧٠٧ .

(٢) د . عبد المنعم البدراوى - السابق ص ١٢٠ ف ٩٠ ، الصده - السابـــق ف ٥٦٠ .

فالغلو بطبيعته هنا يعتبر خروجا عن حدود هذا الحق ، والخطأ كما هو اساس لمنع التعسف يعتبر ايضا اساسا لمنع الغلو فى استعمال الحق .

وبناء على ماسبق فلا أهمية لتحديد ما اذا كان الغلو فى استعمال الملكية خروجا عن حدود هذا الحق او تعسفا فى استعماله لان أساس المسئولية فى كلتا الحالتين واحد وهو الخطأ .

والذى أراه لاداعى لاختلاف الفقه المصرى مع وجود النص الذى يحدد المسئولية م ٨٠٧ مدنى مصرى تاركا النزعات الغربية والخلافات القائمة هناك لعدم وجود نص لديهم .

وعلى رجال القانون المصرى أن يعودوا الى أساس المسئولية فى الشريعة الاسلامية التى لاخلاف فيها .

وهذا الأساس يتضح للقارىء من كتاب الله وسنه رسوله والنصوص الفقهية التى تعتبر الضرر الذى يلحق الجيران جريمة دينية وخلقية فضلا عن وجوب ازالة الضرر والتعويض عنه شرعا .

وبعد هذا العرض للجانب الشرعى والقانونى للالتزامات الجوار الجانبى نجد أن أحكام القانون مستمدة من أحكام الشريعة الغراء وفقا للرأى الراجح وهو تقييد المالك فى استعماله لملكه بعدم الضرر للغير سواء كان جارا ملاصقا أو بعيدا قريبا أو غريبا مسلما او كافرا وسواء الضرر قديما ام حديثا .

الفرع الثانى

حق المرور القانونى

ان القاعدة العامة هى ان المالك له حق الاستئثار بالانتفاع بالشىء المملوك وعلى ذلك اذا كان له حق الانتفاع وحده بالشىء المملوك فان من حقه ان يمنع الجار من المرور فى أرضه . فلو كان هناك عقار من العقارات محبوسا عن الطريق العام

بسبب ما يجاوره من العقارات الأخرى التي تفصله عن الطريق .

واذا كان الأمر كذلك فلا بد من وجود ممر لهذا العقار المحبوس . والا أدى الأمر الى تعطيل استغلاله وعدم الانتفاع به على خير الوجوه وأكملها وخصوصا اذا لم يتمكن المالك لهذا العقار المحبوس من الاتفاق بين الجيران على حق ارتفاق بالمرور الى الطريق العام .

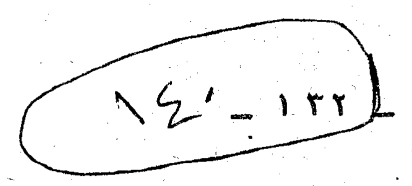
نظرا لهذا فان المشرع قد تدخل ليفرض على ملكية العقار المجاور للطريق العام حق المرور لمالك الأرض المحبوسة رعاية لمصالح الجيران غير ان المشرع لم يفرضه بدون حدود بل قد وضع لذلك شروطا للزوم المرور من ارض الجار وبين العقار الخادم وهو المرتفق به . ومما لاشك فيه ان مالك العقار الخادم يلحقه ضرر بسبب هذا المرور من اجل عدم الانتفاع بها، لذلك اقر المشرع له تعويضا عادلا مناسبا لما لحقه من فرض حق المرور للجار المحبوس أرضه عن الطريق العام اذا توافرت الشروط التي حددها المشرع .

وقد نص القانون على أحكام حق المرور في المادة ٨١٢ اذ تقول :—

١ — مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لايصلها بهذا الطريق ممرا كافيا اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة . له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المألوف . مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام . وذلك في نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق الا في العقار الذي يكون المرور فيه اخف ضررا وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك .

٢ — على أنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا في هذه الاجزاء .

ولتوضيح الكلام على حق المرور القانوني لابد من بيان النقاط



التاليــة :ـ

١ ـ ماهى الشروط التى يجب توافرها للحصول على حق المرور القانونى ؟

٢ ـ تحديد موضع الممر الى الطريق العام • وما أثر التقادم فى ذلك ؟

٣ ـ تعويض مالك العقار المرتفق به •

أولا : ماهى الشروط الواجب توافرها لتقرير حق المرور ؟

من النص المتقدم يتضح لنا ان هناك شروطا أساسية لابد من توافرها للحصـــول على حق المرور الذى يقرره القانون قيدا على الملكية •• وهذه الشروط هى :ـ

أ ـ ان تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام •

ب ـ ان يكون المرور ضروريا لاستغلال الارض واستعمالها على الوجه المألوف •

جـ ـ الا يكون الحبس عن الطريق العام راجعا إلى فعل المالك •

وهذه الشروط تحتاج الى توضيح نبينه فيما يلى :ـ

أ ـ وجود أرض محبوسة عن الطريق العام :

ان الشرط الاساسى لتقرير حق المرور هو حبس الأرض عن الطريق العام بمعـــنى أنه اذا وجد الانحباس وجد حق المرور • واذا لم يوجد فلا تقرير لهذا الحـــق والانحباس اما ان يكون كليا او جزئيا •

والانحباس الكلى هو أن تكون الارض محاطة من جميع الجهات بالعقارات الاخرى المملوكة للجيران مع عدم وجود ممر للوصول من تلك العقارات الى الطريق العام •

أما الانحباس الجزئى هو ان يصل الأرض والطريق العام ممر غير كافى لاستعمالها على الوجه المألوف •

وقد بينت المادة ٨١٢ عدم كفاية الممر بقولها (ان ذلك يتحقق اذا كان لا يتهيأ لمالك الارض الوصول الى الطريق العام عن طريق هذا الممر الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة • ومثال ذلك :ـ

أن تكون الأرض المحبوسة أرضا زراعية والممر ليس كافيا الا لمرور الراجلين دون الماشية أو العربات . أو أن تكون الارض بها مصنع يحتاج لعربات لتوصيل الخامات اليه ونقل المنتجات منه .

ولا يكون الطريق صالحا الا لمرور المشاة . ويعتبر الممر غير كاف فى هذه الحالة ايضا اذا كان يمكن توسيعه . ولكن هذا التوسع يحتاج لنفقات باهظة لكن اذا كان الممر طويلا او غير مريح أو يتطلب تعبيده أو توسيعه نفقات معقولة تتناسب مع قيمة العقار فان العقار لا يعتبر محبوسا عن الطريق العام .. وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى كفاية الممر من عدمه . وفى كون الارض محبوسة عن الطريق العام أم لا .

ولكن من الذى له الحق فى طلب حق المرور ؟

ان المادة ١/٨١٢ نصت على أن المالك هو الذى يطلب تقرير حق المرور .

غير انه من المتفق عليه فقهاء وقضاء ان المطالبة بحق المرور تكون لكل من له حق عينى على العقار المحبوس يخول له الاستعمال والاستغلال ويترتب على ذلك انه يجوز لكل من له حق الانتفاع او حق الاستعمال او السكنى او المحتكر ان يطالبوا بتقرير هذا الحق لانه مقرر لخدمة العقار ومصلحة هؤلاء لا تقل اهمية عن مصلحة المالك . حيث ان حقوقهم تنصب مباشرة على هذا العقار . بخلاف اصحاب الحقوق الشخصية كالمستأجر والمزارع فلا يجوز لهم طلب حق المرور وما عليهم الا ان يتوجهوا الى المالك ليطالب بهذا الحق لان حق كل منهما قد رتبه القانون له فى ذمة المدين .

ويستوى فى ذلك أن تكون الأرض المحبوسة على ماتقدم زراعية غالبا او ارضا مقاما عليها بناء كمصنع او مسكن أو ارض فضاء .

كما يكفى على الرأى الراجح اعتبار الارض غير محبوسة عن الطريق العام ان يكون لها ممر كاف اساسه حق ارتفاق محل نزاع او التسامح سدا م انه لم يمنع المرور

الى الطريق العام . (١)

ب - ان يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله على الوجه المألوف :

فان المادة ٨١٢/٢ تنص على ان المالك له حق المرور فى الاراضى المجـاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ويتضح من ذلك أن حق المرور يخضع فى وجوده وفى مداه لحاجات استعمال العقار واستغلاله .

ولذلك كانت العبرة فى تقدير لزومه ومدى كفايته بطبيعة وأهمية الاستغلال أو الاستعمال الذى أعد له العقار فمثلا :

ممر الأراضى المبنية للسكنى قد يكفى لهذا الغرض . ولكن لا يكفى لغرض آخـر كالارض الزراعية حيث يقتضى استغلالها على أحسن الوجوه ان تمر العربات لحمل البذور والاسمدة والمحاصيل بعكس السكنى لمرور المشاة فقط . واذا كانت العبرة فى تقدير الممر ولزومه ترجع الى طبيعة الاستعمال او الاستغلال فان التعديل أو التغيير فـى ذلك قد يؤدى الى ثبوت الحق فى المرور او الحد من مداه أو انقضائه . كما لو اصبح الممر اوسع من اللازم للاستغلال الجديد او لم تعد له ضرورة فمن حق الجار الواقع عليه عبء المرور ان يطالب بتعديل الممر او ازالته . (٢)

جـ - يجب ألا يكون الانحباس راجعا من فعل ارادى من مالك الأرض أو عن فعله ويقبله البعض الاخر : فمثلا :-

لو أقام مالك الأرض بناء فى الجزء الملاصق بالطريق العام فترتب على فعله حبس

---

(١) د . محمد كامل مرسى ج ١ ف ٣٢٣ ص ٤٣١ ، د . عبد المنعم الصده ف ٧٣ ط ١٩٦٧م د . جميل الشرقاوى ص٩٢ السابق ، شفيق شحاته ف ٣٦١ ص ٣٥٥ شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال القسم الاول النظرية العامة للحق العينى سنه ١٩٥١ ، د . عبد المنعم الهدراوى ف ٣٣٨ ، د . اسماعيل غانم ف ٥٥ وعكس ذلك منصور ف ٣٢ ، السنهورى ف ٤٦٦ ، حسن كيره ف

(٢) د . السنهورى حق الملكية ج ٨ ف٤٤٨ ص٧٦٠ : ٧٦١ ، د . عبد المنعم الصده ف٧٤ .

الجزء عن الاخر عن الطريق فلا يكون له والحالة هذه ، ان يطالب بحق المرور القانوني أو لو كان له حق ارتفاق المرور على ارض غيره للوصول الى الطريق العام . ولكن تنازل عن هذا الحق فلا تجوز له المطالبة ايضا بحق المرور .

ويرضح لنا ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ التى تنص على انه اذا كان الحبس على الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى اجزاء هذا العقار . فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الاجزاء .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية مايؤيد هذا المعنى فقالت :

" وهذا حكم معقول ، فان العقار الذى يكون متصل اتصالا كافيا بالطريق العام ، ثم يجزئه مالكه بتصرف يرضاه ويكون من شأنه ان يحبس جزءا منه عن الطريق العام ، فحق المرور لهذا الجزء يجب ان يتقرر على الاجزاء الاخرى ، كما كان الامر قبل تجزئة العقار ."(١)

فالمالك لقطعة أرض ملتصقة بالطريق ثم باع جزءا منها او قسمها وباع كل قسم منها لمشتر او كان العقار مملوكا على الشيوع ثم قام ملاكه بقسمته وترتب على تصرف مما سبق حبس جزء من العقار عن الطريق العام وكان من الممكن توفير ممر كاف فى الاجزاء الاخرى للجزء المحبوس ولم يفعل . فالقانون يحرمه من طلب حق المرور على ارض الجار ، لأن التجزئة حصلت بفعل ارادى من مالك العقار الأصلى .(٢)

---

(١) المذكرة الايضاحية ج ٦ ص ٥٠ ـ ٥١ .

(٢) د . السنهورى ف ٤٧٠ ص ٧٦٥ ـ ٧٧٠ ، عبد المنعم الصده ، ف ٧٥ ـ ٨٢ ، منصور ف ٣٢ ، د . جميل الشرقاوى ف ٣٤ ص ٩٧ ومابعدها ، د . البدراوى ف ٣٤٣ سنة ١٩٥٦ ، حسن كيره ف ٧٦ وفى هذه المراجع بيان للاساس القانونى لحكم المادة ٨١٢/٢ ومايترتب من النتائج على هذا التكييف ولامجال لذكر هذه التفصيلات .

ثانيا : تعيين الممر وطريقة المرور واثر التقادم في ذلك :

أ — تعيين الممر :

ان نص المادة ٨١٢ مدنى تنص على ان حق المرور يكون على الاراضى المجاورة سواء كانت ارضا زراعية او مبنية او فضاء او كانت حديقة أو فناء منزل أو سور .

وفى هذه الحالة الأخيرة لا يجب على مالك الأرض المسورة أن يهدم السور بل يكفى أن يفتح فتحة بسيطة فى السور حتى يتمكن صاحب الأرض المحبوسة من المرور الى الطريق العام وأن يسلم له مفتاحا اذا كان لها بابا ويجوز أن يتقرر حق المرور على أرض غير قابلة للتصرف كالأرض الموقوفة .

ويجوز تقريره أيضا على أرض من الأموال العامة شريطة الا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال طبقا للمادة ١٠١٥ التى تنص على انه : (يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال) .

وحق المرور لا يتقرر الا على العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك طبقا للمادة ١/٨١٢ التى تنص : (ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون فيه المرور اخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك) .

وقد ورد فى المذكرة الايضاحية ما يؤيد ذلك حيث قالت :

(قرر المشرع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه اخف من المرور فى العقارات الاخرى ، وفى موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الاعتبار ايضا . وفى هذا تقييد عادل يقابل التوسع السابق) . (١)

ويتحقق مقصود الشارع فى العادة بتحرى كون الممر فى الطريق الأقصر . ولكن ليس هذا أمرا حتميا بل ربما يكون الطريق الأطول أخف ضررا فيجب الأخذ به — كما لو كانت المسافة القصيرة مليئة بالاشجار والبساتين وما يتعذر المرور منها .

---

(١) المذكرة الايضاحية جـ٦ ص٥٠ .

ب ـ هل المرور له طريقة معينة فى القانون :

الحق أن القانون لايتطلب طريقة معينة للمرور • وبناء على ذلك فلا يشترط أن يكون الممر على سطح الارض كما هو الغالب بل يجوز ان يكون الممر تحت سطح الارض كالنفق او على قنطرة فوق مياه خاصة ويجوز ان يكون بواسطة معبر هوائى كمد أسلاك تعلق فيها العربات التى تستعمل فى نقل المواد الخام بالجبل كما يفعل فى مصانع الاسمنت •

واذا تقرر حق المرور بمقتضى القانون فانه لايعتبر مالكا لهذا الممر بل تظل ملكيته مقصورة على صاحبه •

فتقرير المرور على نحو ماتقدم لا يخول صاحبه سوى المرور من ارضه المحبوسة الى الطريق العام • (١)

ج ـ ما أثر التقادم فى تعيين الممر وطريقته :

قد يحدث أحيانا الا يتعين موضع المرور وطريقته بالاتفاق ولا بحكم القضاء كما لو اختار صاحب الارض المحبوسة موضعا فى أرض جاره وبطريقة مخصوصة ينفذ منه الى الطريق العام ويستمر على هذا المنوال فى مروره من هذا الموضع بالطريقة التى يراها لمدة خمس عشرة سنه •

ويترتب على مضى هذه المدة انه لايجوز للجار صاحب العقار الخادم ان يعترض على المرور فى هذا الموضع او الطريقة التى يمر بها ماشيا أو راكبا السيارة أو من على سطح الارض او فوق كوبرى مجرى مياه خاصة •

---

(١) انظر د • السنهورى ف ٤٦٩ ص ٧٦٢ ـ ٧٦٥ ، الصده ف ٧٩ هـ • البدراوى ف ٣٣٩ ومابعدها ، د • الشرقاوى ف ٣٣ وغيرها من المراجع السابقة •

فالاعتراض لايجوز ولو لم يكن هو الموضع الأخف ضررا • والسبب فى ذلك هـــو ان حق صاحب العقار الخادم فى الاعتراض على هذا المرور من هذا الموضع وبالطريقة التى رآها يسقط بالتقادم الطويل بمضى المدة خمسة عشر سنة • ولذلك يطلق رجـال القانون على هذا التقادم بانه تقادم مسقط لامكسب •

ولذلك اختلف فى الاساس القانونى لاستقرار حق المرور لمالك الارض المحبوسة على الصورة التى يحددها هذا المالك بعد مضى خمس عشرة سنه •

١ ـ فذهب بعض من الفقهاء الى ان صاحب الارض المحبوسة يكسب بالتقـادم حق تعيين الممر وكيفية استعماله لأن حق المرور ثابت له بقوة القانون •

ولكن يرد على ذلك بأن مايكسب بالتقادم هو الحقوق العينية لاطريقة استعمالها او موضع استعمالها •

٢ ـ وذهب البعض الى أن صاحب الأرض المحبوسة يكسب بالتقادم ارتفاقـــا بالمرور طبقا للمادة ١٠١٦/٢ مدنى •

ويترتب على ذلك ان حقه فى المرور فى الموضع وفى الطريقة التى رآها لن يكـون هو حق المرور القانونى المقرر بمقتضى المادة ٨١٢ مدنى •

ويترتب على هذا الرأى النتائج التاليـة :ـ (١)

أ ـ ان مالك العقار المرتفق لايلزم باداء اى تعويض لمالك ارض المرتفق بها •

ب ـ انه لايجوز لمالك الارض المرتفق بها الاعتراض ـ بعد مضى المدة ـ على صاحب الحق فى المرور بدعوى انه لم يتخير اقل الطرق اضرارا أو بأن الارتفاق غـير لازم لحاجة العقار •

ج ـ ان هذا الحق المكتسب بالتقادم لايزول بزوال حالة انحسار العقار،

---

(١) د • عبد المنعم البدراوى ف ٣٤٧ ص ٣٩٠ سنه ١٩٥٦ م الملكية •

وقد اعترض على هذا الرأى : بأن مالك الارض المحبوسة يستعمل حقه فى الحدود التى بينتها المادة ٨١٢ فلا تغيير فى طبيعته طالما انه لايتجاوز الحدود القانونية لهذا الحق .

والدليل على ذلك انه لو طلب القاضى ان يعين له ممرا لما حكم له بممر يختلف عن الممر الذى حدده لنفسه . (١)

٣ ـ واخيرا ذهب البعض الى ان استقرار حق مالك الارض المحبوسة فى الممر الذى خطه بنفسه يعنى على سقوط حق الجار صاحب الارض التى فيها الممر على الاعتراض على تعيين الممر بالتقادم مما يعنى ان المرور يظل مستندا فى هذه الحالة الى الحق القانونى فى المرور بسبب الانحباس . واذا تطبق احكام هذا الحق لا احكام الارتفاق بالمرور . (٢)

ثالثا : التعويض :

ان المادة ١/٨١٢ تنص على : (حق مالك الارض المحبوسة فى المرور نظير تعويض عادل .

طريقة دفع التعويض :

ان القانون لم ينص على دفع التعويض مقدما . فالخيار متروك لاتفاق الطرفين على طريقة دفعه . فاذا لم يتفقا على ذلك فمن حق المحكمة ان تحدد الطريقة التى تراها من جعل التعويض مبلغا يدفع مقدما جملة واحدة . أو يدفع على أقساط محددة فى مواعيد محددة . أو يدفع فى مواعيد دورية .

ومما تقدم تعلم بأنه لو لم يتم تقدير التعويض بالاتفاق أو بحكم القضاء ، وسكت

---

(١) د . عبد المنعم الصده ف ٨٠ الملكية سنه ١٩٦٧ .

(٢) قريب من هذا د . منصور ف ٣٤ وانظر عرض هذه الاراء د . الشرقاوى ف ٣٣ ص ٩٥ـ٩٦ ود . الصده حاشيه ص ٨٠ـ٨١ .

صاحب الحق فى التعويض عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنه ، فانه يترتب على ذلك سقوط الحق فى التعويض بالتقادم ، وتسرى مدة التقادم من وقت مباشرة صاحب الأرض المحبوسة حقه فى المرور ، والعلة فى ذلك هى أن الحق فى التعويض والمطالبة به لا يتحقق الا من مباشرة صاحب الأرض المحبوسة حقه فى المرور .

وفى حالة تقدير التعويض ينظر ، اما أن يدفع جملة واحدة وفى هذه الحاله يتقادم الحق بعد مضى ١٥ سنة من وقت الاستحقاق .

وان كان على أقساط معدودة تقادم كل قسط على حدة بمضى المدة السابقة وان كان يدفع فى مواعيد دورية متجددة تقادم الحق فى كل مبلغ على حدة بمضى خمس سنوات من وقت استحقاق هذا المبلغ طبقا للمادة ١/٣٧٥ مدنى . وهذا ما ذهب اليه أغلبية الفقه المصرى . (١)

وينقضى حق المرور القانونى بزوال سببه وهو الانحصار ، فاذا زال انحصار العقار بأن اتصل بطريق عام بأى سبب كان كما لو شق طريق بمحاذاته ، أو اشترى مالكه ارضا متصلة بالطريق العام وملاصقة لأرضه ، فهذا يترتب على زوال المرور القانونى طبقا للمادة ٨١٢ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية أن حق المرور ينتهى اذا اتصلت الأرض بالطريق العام من ناحية أخرى فلم يعد حق المرور ضروريا ، ويسترد صاحب الارض من التعويض الذى كان قد دفعه فى حق المرور القدر المناسب .

الفرع الثالث

القيود الناشئة عن التصلاق فى الجوار

ولايضاح هذا نقوم بتقسيمه الى ثلاثة أغصان :ـ

---

(١) د . السنهورى جـ ٨ ص ٤٧٢ ، د . محمد كامل مرسى جـ ١ ص ٣٤ ، كيره ف ٧٦ ، منصور ف ٣٤ ، الشرقاوى ف ٣٣ ، الصده ف ٨١ ، د . أبوشنب ٢٣٨ ، د . احمد سلامه ف ٥٥ الملكية الفردية سنة ١٩٧٠ .

الفصـــل الأول

موقف القانون المدني المصري في الحائط الفاصـــل

ان المراد بالحائط الفاصل هنا : هو الحائط الفاصل بين ملكين ، والمملـــوك لواحد من الجيران مثلا لو أقام المالك حائطا يفصل بين ملكه وملك جاره داخل حدود عقاره وبنفقاته الخاصة فان له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ماديا وقانونيـــا وحده دون منازع له ، فليس للجار الاخير حق الطلب من مالك هذا الحائط أن يتنزل عن جزء منه أو من الارض التي أقيم عليها لان ملكيته ملكية خاصة لصاحبه ، فلا يجبر على مشاركة الغير معه الا في حالة واحدة أباح له القانون حق الطلب في مشاركـــة المالك لحائطه وذلك عند التعلية التي لم يُساهم في نفقاتها عند البناء طبقا للمـادة ٨١٦ مدني مصري التي تنص على أنه : " للجار الذي لم يساهم في نفقات التعليـــة أن يصبح شريكا في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه ونصف الأرض الـــتي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة ".

واذا قلنا بأن مالك الحائط الفاصل له حرية التصرف القانوني والمادي بمعـــنى أن له حق هدمه كله أو بعضه في أي وقت وليس لجاره حق الاعتراض على هذا بحسب الاصل.

الا أن القانون المدني قد استثنى من هذا الأصل منع المالك من هدم حائطـــه المملوك له ملكية خاصة اذا توافرت هذه الشروط :-

١ - أن يكون مالك الجار مستترا بهذا الحائط :-

ومعنى الاستتار أن يكون الحائط الفاصل هو الضلع الذي يكمل الحوائط الـــتي تحيط بأرض الجار فان كانت مربعة يكون الحائط الفاصل هو الضلع الرابع أي أن تكون لملك الجار ثلاثة حوائط على أضلاعه الثلاثة الأخرى ولو لم يكن ملك الجار مستوفيا (١)

---

(١) د. جميل الشرقاوي ص ١٠٢ ف ٣٦.

(٢) ـ أن يكون من شأن هدم الحائط الاضرار بالجار :

وبناء على ذلك أن المالك للحائط الفاصل لو قام بهدمه ولم يترتب على ذلك أى ضرر كما لو كانت أرض الجار فضاء مستورة الا أنها خالية ففى هذه الحالة لن يقع أى ضرر ولذلك يجوز الهدم بحسب الأصل .

جديدة

(٣) ـ الا يكون هناك حاجة أو مصلحة جديدة دعت مالك الحائط لهدمه :

بمعنى أنه لم يتحقق لديه عذر قوى لهدمه ، فإذا توافرت لديه المصلحة الجديدة أو العذر القوى للهدم كان له ذلك ، كما لو أراد أن يجدد بناءه لقدمه أو أراد أن يقيم عمارة ذات طوابق كثيرة لاستغلالها فانه يجوز له ذلك حتى لو ترتب ضرر يسير للجار المستتر بالحائط .

وتقدير وجود العذر القوى أمر يدخل فى تقدير القضاء لأن القاضى المنوط به الفصل فى كون العذر مبررا للهدم من عدمه هو الذى يبين ذلك وهى مسألة موضوعية تتوقف على ظروف كل حالة على حدها . والقاضى عليه أن يستعين فى ذلك بنظرية التعسف فى استعمال الحق لأن نص المادة ٢/٨١٦ التى تنص : (ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط) .

فهذه الفقرة من المادة السابقة ماهى الا تطبيق للفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون المدنى وبناء على ذلك فاذا رأى القاضى أن المصالح التى يهدف اليها مالك الحائط من هدمه قليلة الأهمية بحيث لاتتناسب البتة مع مايصيب الجار من ضرر بسبب الهدم فانه ولاشك يكون العذر القوى منتفيا فى هذه الحالة . أما اذا رأى أن المصلحة التى يريد تحقيقها من هدمه عظيمة القيمة بحيث تعلو عما يصيب الجار من ضرر بسبب الهدم فان العذر القوى والحالة هذه يكون متوفرا .

وخلاصة القول فى ذلك أن الشروط السابقة اذا توافرت لم يكن لمالك هذا الحائط حق هدمه مختارا اما اذا لم تتوافر هذه الشروط فيكون من حقه الهدم .

ويلاحظ أن القانون لا يقيد ملكية الحائط الفاصل الا بمنع الهدم اذا كان تعسفيا طبقا للشروط السابقة ولذلك لم يكن للجار الا مجرد الاستتار به فلا يجوز له أن يستند عليه ببناء أو أخشاب أو يتخذه دعامة لسقف بناء على اتفاق مع مالكه . (١)

ويتضح لنا أنه لو هدمه في حالة عدم أحقيته للهدم فعلى القاضي أن يجبره على اعادة البناء مع الزامه بالتعويض للجار الذى لحقه الضرر اذا طلب منه ذلك بخلاف ما لو هدمه في حالة أحقيته بذلك فليس عليه أن يعيد بناءه لأن الجار ليس له من الحائط الفاصل المملوك لجاره الا أن يستتر به مادام موجودا . (٢)

وبعد أن وضعنا للقارئ الأحكام المتعلقة ببحثنا بالنسبة للحائط الفاصل في الشريعة والقانون يتضح لنا مايلى :ـ

١ ـ ان القانون لم يأتى الا بقيد واحد وهو عدم هدم هذا الحائط اذا توافرت فيه الشروط السابقه طبقا للمادة ٢/٨١٨ .

٢ ـ اما الشريعة الاسلامية فالمتأمل فيها يجد أن نطاق الجبر فيها أوسع حيث انها أجبرت المالك على مشاركة الجار في استعمال حائط بوضع خشبه اذا كان في حاجة ضرورية لذلك وبالتالى لايجوز هدمه .

فاذا هدمه يتعد على غيره . كان لزاما عليه أن يعيد بناءه حتى يتمكن الجار من وضع خشبه خلافا للحنفية الذين قالوا بعدم اعادة البناء الحائط اذا كان بغير تعد كهدمه بسماوى ووافقهم في ذلك المالكية .

---

(١) راجع : د . محمد كامل مرسى : الحقوق العينية الاصلية ج١ ف٣٥٣ ط ١٩٥١م ، د . عبد المنعم البدراوى ، السابق ، د . محمد عرفه موجز في حق الملكية ص ٩٥ ط ١٩٥٦م ، د . جميل الشرقاوى ص ١٠٢ .

(٢) د . منصور ف ٣٦ ، د . الصدة ص ٩٤ ط ١٩٦٧م .

الفصـــل الثانـــى

الحائـــط المشترك فى الشريعة والقانون

أولا : مذهب المالكية والحنفيـــة :

ذهب الحنفية والمالكية : الى أن الحائط المشترك الواقع بين المتجاورين أمـــا أن ينهدم بمقتضى كما لو خيف وقوعه على الجيران أو على المارة أو انهدام بقضـــاء القاضى . أو انهدم بالعنت والمضارة .

أ ـ فاذا كان البناء هدم عنتا واضرارا بدون ضرورة تدعو الى ذلك تعين علـــى الهادم أن يبنيه أى يعيد بناءه كما كان لأنه اتلاف لمال الغير بلا اذن والمتلـــف ضامـــن .

ب ـ اما أن هدم مخافة سقوطه بشهادة أهل الخبرة بذلك فيتعين على الشريكين اعادة الحائط كما كان بدون اجبار لاحدهما على البناء مع صاحبه . أما لو أمـــر بالبناء مع صاحبه فأبى وامتنع قسم موضعه بينهما عرضا ويأخذ كل واحد من الشريكـــين نصيبه لكى يبنى فيه مايشاء وهذا ان أمكن قسمه .

فأما اذا لم يمكن قسمة لكونه لايصلح للقسمة بحيث لايصير لكل منهما مايصلـــح للانتفاع به . فقد اختلفت كلمة المالكية والحنفية هل الشريك يجبر على البنـــاء مـــع شريكه أم لا .

فالحنفية : يرون أن الشريك الآبى يجبر على البناء مع صاحبه أما المالكية فقالوا اما أن يبنى واما أن يبيع للشريك الذى يبنى . (١)

ثانيا : ذهب الشافعية والحنابلـــة :

الى أن الحائط المشترك بين المتجاورين الذى أقيم على نفقتهما ، لايجوز لأحد

---

(١) فتح القدير ص٣ : ٥ ومابعدها ، الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص٢ ٣٦ ـ٣٦٥ ، ٣٦٧ البهجة شرح التحفة ج٢ ص ٣٣٩ ومابعدها .

الشريكين التصرف فى هذا البناء الا بأذن الشريك الآخر ، فلا يجوز لأحدهما غرز وتد أو فتح كوه كما لايجوز لأحدهما أن يفعل فعلا يؤدى الى الحاق الضرر بالحائط المشترك كما لو وضع عليه أخشاب ثقيلة أو قام برفع البناء وتعليته مما يؤدى الى وهن البناء المشترك .

ولكن للشريك أن يفعل مالا ضرر فيه على الجدار كوضع خشب لايضعفه وكذلك الاستناد اليه أو اسناد متاعه والاستعلال به كما يجوز له ذلك فى الحائط الذى لاشركه فيه .

ولكن هل للشريك أن يجبر شريكه على اعادة بنائه اذا انهدم :ـ(١)

ليس للشريك أن يجبر شريكه على عمارته واقامته من جديد ، فان أراد اعادته بعد هدمه بآلة بنفسه لم يمنع ويكون البناء المعاد خاصا لمن بنى يتصرف فيه كيف يشاء .

واذا طلب أحد الشريكين من الآخر اعادة البناء على أن يكون الطالب نصف قيمته البناء ـ فلا يلزم الثانى اجابة الطالب لما طلب .

أما اذا أراد أحد الشريكين اعادة البناء وحده وذلك بعد نقضه فللشريك الآخر منع شريكه من البناء حتى يأخذ حقه منه .

وأما لو اتفقا على نقضه معا وان أعيدا بناءه معا فهذا لاضرر فيه وعاد مشتركا بينهما كما كان قبل النقض .

اما اذا انفرد بالبناء أحدهما على شرط أن الشريك الآخر يدفع للبانى زيادة على قيمة البناء مقابل عمله فهذا جائز ولا غبار عليه .

ومن هذا الذى ذكرته يتضح أن : المالكية والحنفية فرقوا بين الحالتين :ـ

بين حالة ما اذا هدم أحد الشريكين الحائط اضرارا و عنتا فانهم ألزموه بالبناء

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٥ ص ٣٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ .

جبرا عليه لأن هدمه والحالة هذه يؤدى الى لحوق الأضرار بالغير والضرر مرفوع شرعا •

أما الحالة الثانية : وهي فيما اذا هدم بسماوى أو بقضاء القاضي خشية من سقوطه فلا يجبر على أحدهما بالبناء ثانيا • بل الشريكين بالخيار بين اعادة بنائه أو قسمته بينهما ان أمكن القسمة • واما اذا لم يعيدا بناءه ولم يكن قسمته فالمالكية يرون أنه ما أن يبنى مع شريكه أو يبيع حقه له حتى يتمكن من البناء وخالف فى ذلك الحنفية فقالوا : اذا لم يمكن قسمته فان الشريك يجبر على البناء مع شريكه •

وأما الشافعية والحنابلة • فلم يفرقوا بين الحالتين وقالوا بعدم الجبر مطلقا •

والذى أرجحه ماذهب اليه المالكية والحنفية من التفصيل السابق بين ماذا كان الجدار قد هدم بفعل فاعل عنتا وأضرارا فيجبر الشريك الذى كان متسببا فى الهدم على اعادة البناء •

أما اذا لم يكن هناك تعد من أحدهما فالبناء على الشريكين وكذلك الترميمات اللازمه والاصلاحات الضرورية فعلى نفقتهما كل منهما عليه أن يتحمل النصف وكذلك لو أراد تعلية الحائط سويا •

ثالثا ومن المفيد للقارئ أن نذكر ماقننه محمد قدرى باشا فى أحكام الحائط فى كتابه مرشد الحيران لمعرفة أحوال الانسان المأخوذ من مذهب أبى حنيفة النعمان فى المواد ٦٩ ـ ٧١ وهذا نصها :ـ

المادة ٦٩ تنص على أنه :ـ

(لايجوز للجار أن يجبر جاره على اقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا أن يعطيه جزءا من حائط أو من الأرض القائم عليها الحائط•

نصت المادة ٧٠ على أنه :ـ

(اذا كان الحائط مشتركا بين اثنين فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعليته

او بزيادة فى البناء بلا اذن الاخر ، سواء كان تصرفه مضرا بالآخر أم لا) .

ونصت المادة ٧١ على أنه :-

(لكل من الشريكين فى الحائط أن يضع عليه أخشابا بقدر ما لشريكه بشرط الا يتجاوز كل منهما مايتحمله الحائط . وليس لأحد منهما أن يزيد فى أخشابه بدون اذن الاخر ، كما لايجوز لاحد منهما أن يحول محل أخشابه التى على الحائط يمينا أو شمالا ، ولا من أسفل الى أعلى ، ولو من أعلى الى أسفل فجاز .

واذا كان لكل منهما عليه أخشاب فلصاحب السفل أن يرفع أخشابه به بحذاء صاحب الأعلى ، وان لم يضر بالحائط ، وكذا لصاحب الأعلى أن يسفل أخشابه ان لم يضر بالحائط . (١)

الحائط المشترك فى القانون المدنى المصرى : (٢)

ان القانون المدنى المصرى الحالى قد استبقى أحكام القانون المدنى القديم وماقضت به المحاكم واستكملها من الشريعة الاسلامية ومن تقنين أجنبيين هما التقنون الفرنسى والمشروع الايطالى ، ولذلك فقد جاءت نصوصه كافيه لتنظيم أحكام الحائط المشترك . (٣)

---

(١) راجع المواد ١٢١١ ، ١٣١٧ ، ١٣١٨ من مجلة الأحكام العدلية فقد نصت بمثل ذلك .

(٢) انظر : فى هذا الموضوع : د . اسماعيل غانم جـ١ ، حق الملكية ص ١٩٥٩م ف ١٢٦ - ١٢٨ ، د . عبد المنعم البدراوى - السابق ف ١٠١ - ١٠٣ ، د . جميل الشرقاوى ف ٣٧ سنه ١٩٧٤م ، الملكيه د . حسن كيره ف ١٤١ الملكية سنه ١٩٥٨ م د . منصور ف ٩٨ ، ومابعدها د . أحمد سلامة الملكية الفردية ف ٦٥ سنة ١٩٧٠م ، د . السنهورى ص ٩٩٢ جـ ٨ السابق . د . محمد كامل مرسى جـ ١ ف ٣٥٠ - ٣٥١ ، د . عبد المنعم الصده ف ٩٠ ص ١٣٨ ومابعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦٤ .

وهي نصوص المواد من ٨١٤ ــ ٨١٧ خاصة بالحائط المشترك ، ٨١٨ السابقة الذكر خاصة بالحائط الفاصل والمملوك لاحد الجيران .

والحائط الفاصل بين عقارين يكون مشتركا اذا أنشأه الجاران على الحدود بين ملكهما بمصروفات مشتركة ، وربما الحائط يكون في البداية غير مشترك ثم يتفق الطرف الاخر مع مالكه على جعله مشتركا بعد دفع نصف تكاليفه .

وملكية الحائط المشترك ليست خالصة لكل من الشريكين يفعل كيف يشاء بل نص القانون على قيود تحد من سلطات كل شريك من الجيران في ملكية الحائط .

والكلام هنا يتضح في أمريــن :ــ

أولا : في مدى حقوق الشركاء والتزاماتهم بالنسبة للحائط المشترك .
ثانيا : في تعلية الحائط المشترك .

أولا : مدى حقوق الشركاء والتزامهم بالنسبة للحائط المشترك :

تنص المادة ٨١٤ على أن :ــ

١ ــ لمالك الحائط المشترك ان يستعمله بحسب الغرض الذى أعد من أجله وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته .

٢ ــ فاذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيها .

والذى يتضح لنا من هذا النص أن المشرع قد أورد قيدين هامين على حق كل شريك في استعمال الحائط المشترك .

القيد الاول :

أن يكون استعمال كل شريك للحائط متفقا مع الغرض الذى أعد له الحائط كالاستناد به أو وضع عوارض فوق الحائط ليسند عليها سقف بنائه . وبناء على ذلك فلا يجوز للشريك أن يفتح فيه مطلات أو مناور لان ذلك يتعارض مع الغرض الذى أعد

له وهو الاستتار به .

القيد الثاني :

ألا يحمل الجار الحائط فوق طاقته وأن لا يعطل حق شريكه في الاستعمال ويترتب على ذلك أنه لا يجوز له أن يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط مع ترك فراغ لجاره . لوضع عوارضه . كما لا يجوز الحفر في الحائط ليهيىء مكانا لخزانة أو دولاب أو مدفأة أو أنبوبة مياه وغير ذلك مما يوهن الجدار .

فاذا خالف أحد الشريكين وتجاوز حده في الاستعمال فان للشريك الآخر أن يتجه الى القضاء مطالبا منع أو ازالة كل استعمال خالف الشريك فيه هذه الحدود . وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك .

هذا كله في مدى استعمال كل شريك حقه . أما الالتزامات التي تقع على عاتق كل شريك تظهر في وجوب الترميم والتجديد لدوام الانتفاع به كل بنسبة حصته الا اذا رجع الترميم الى أخطاء أحد الشريكين فعليه ترميمه وحده .

ثانيا : تعلية الحائط المشترك :

تنص المادة ٨١٥ مدني مصري :-

١ - للمالك اذا كانت له مصلحه جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه . بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانه الجزء المعلى . وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل العبء الناشىء عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته .

٢ - فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية . فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه من ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا . دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق في التعويض .

والذى يتضح لنا من هذا النص أن المشرع قد أجاز للشريك هنا تعلية الحائط المشترك وليس للشريك الآخر منعه ولكن بشروط هي :-

١ - أن يكون للشريك مصلحة جدية في هذه التعلية .

٢ - الا يلحق الجار الشريك من هذه التعلية ضرر فاحش .

٣ - أن يتخذ التدابير اللازمة لتحمل الحائط الزيادة دون أن يفقد شيئا من متانته .

٤ - أن تكون نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى على صاحب المصلحة في ذلك .

٥ - أن يقوم بدفع التعويض لشريكه عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الشريك وهذا في حالة الهدم .

٦ - أن لا يتحمل الشريك الآخر فوق القيمة بين الحائط القديم والجديد .

ويترتب على كل ماسبق من هذه الشروط أن الجزء المعلى من الحائط يظل مملوكا ملكية خاصة للشريك الذى قام بانشاء هذه التعلية على نفقته وحده .

غير أن الشريك الآخر ربما يرغب في وقت ما في الاستفادة من هذا الجزء المعلى كما لو أراد أن يبنى طابقا آخر فهل له ذلك أم لا ؟؟

تجيب عن ذلك المادة ٨١٦ مدنى اذ تقول :

" الجار الذى لم يساهم في نفقات التعلية لن يصبح شريكا في الجزء المعلى الا اذا دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها الزيادة " السمك أن كانت هناك زيادة " .

والعلة في ذلك هى : لما كان الجزء الأسفل من الحائط مشتركا فكان من اللازم أن يشترك في الجزء المعلى اذا كان له مصلحة في ذلك جبرا عن الشريك الذى قام بالتعلية بشرط أن يدفع قيمة ما أنفق وقت التعلية لا وقت طلب الاشتراك فيها وأن يدفع نصف قيمة الأرض التى أقيمت عليها زيادة السمك اذا كان فيه زيادة وهذا لا يتحقق الا في حالة هدمه واعادة بنائه . وهذه هى الحالة الوحيدة التى أجبر القانون فيها

الجار على مشاركة جاره فى ملكية الحائط الفاصل •

ثالثا : ومن هذا الذى ذكرته فى الجانب الشرعى والقانونى بالنسبه للحائط المشترك يتضح للقارئ مايلى :ـ

١ ـ ان القانون قد أخذ بما أقرته الشريعة الاسلامية من قديم الزمان من وضع القيود على حق استعمال كل شريك فى الحائط •

والتزام كل شريك بالترميمات والتصليحات اللازمة للحائط كل حسب حصته •

٢ ـ ان القانون قد خالف الشريعة فى أنه قد أجاز التعلية للشريك الذى يرغب فى التعلية بدون اذن الشريك الآخر ولذلك كانت الشريعة أدق فى احترام الملكية لاصحابها •

٣ ـ ان القانون لم يوضح لنا كما وضحت الشريعة حالة ما اذا انهدم الحائط هل يجبر الشريك مع شريكه على اعادته أم لا ؟ وهل الهدم كان بتعد من أحدهما أم لا ؟

لذلك فان الشريعة الاسلامية كان دائما نطاقها أوسع من القانون الوضعى فى كل الأمور فيجب الرجوع اليها • لا الى التقنين الفرنسى أو الايطالى فان كل الشرائع الوضعية فى العالم كله شرقا وغربا ستظل عالة على الفقه الاسلامى •

ماحكم التنازع على ملكية الحائط المشترك فى القانون ؟

لو كان هناك حائط فاصل بين بنائين وادعى كل من الجارين أو ادعى أحدهما ملكيته لنفسه وقال الآخر انه مشترك بيننا فما هو القول الفصل فى ذلك •

أجابت المادة (٨١٧) على ذلك فتقول : " الحائط الذى يكون فى وقت انشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما مالم يقم دليل على العكس •

ومن هذا النص يتضح أن الجار يستطيع أن يثبت مشاركته فى الحائط الفاصل بأى سند يثبت ذلك •

غير أن المشرع لكى يحافظ على علاقة الجيران بعضهم لبعض ويقلل النزاع بينهم على ذلك نص على قرينة قانونية بمقتضاها يكون الحائط الفاصل مشتركا .

ولقيام هذه القرينة يجب أن يتوافر شرطان :

١ - ان يكون الحائط المتنازع عليه فاصلا بين بنائين ، فلا يكفى كونه فاصلا بين أرضين أو أرض وبناء . كما لو كان الحائط بين حديقتين أو حديقة وفضاء .

٢ - ويشترط ثانيا أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ انشائه وعلة ذلك لو كان هناك بناء واحد وقت انشاء الحائط ثم تبعه بناء آخر وكان الحائط ساترا له فان القرينة والحالة هذه لاتتوفر لأن الحائط لم يفصل بين بنائين فى وقت واحد منذ انشائه حتى يقال انه مشترك .

فاذا توافر الشرطان السابقان قامت القرينة القانونية على أن الحائط المتنازع على ملكيتهم مشتركا بين البنائين حتى نهايتهما بخلاف البناء الذى يعلو الأخرى فالجزء الذى يعلو النهاية يكون مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى .

وهذه القرينة تظل قائمة ويعمل بها حتى يثبت العكس كما لو كان مع المدعى الملكية سندا يثبت ملكية الحائط له من بيع أو هبة أو وصية أو تقادم ، فاذا ثبت ذلك لأحدهما أصبحت القرينة القانونية لاقيمة لها لأنها جاءت على خلاف الأصل . لأن الأصل فى الاثبات على من يدعى مشاركته فى الحائط أو انفراده بالملكية ان يثبت بمستنداته .

وكذلك يكفى لعدم الاعتداد بها وجود علامة ظاهرة تدل بوضوح على أن الحائط أعد من الأصل الاستعمال أحد الجارين فقط ، كأعداد الحائط لتحمل سقف أحد الجارين دون الآخر أو وجود الحائط وقت انشائه مع بناء واحد .

وهذه المسألة موضوعية متروكة لقاضى الموضوع هو الذى يفصل فى ذلك على حسب الأحوال .

وبعد هذا العرض الموجز لحكم القانون فى هذه المسألة نجد أنه قد أخـــذ بما ذهب اليه المالكية ومن معهم الذين قالوا بأنه يحكم لمن قضى له به العرف •

الغصن الثالث

المطـــلات والمنـــاور (١)

من القيود المتعلقة بحسن الجوار القيود الواردة على الملكية بالنسبة للمطـــلات والمنـــاور •

تعريف المطلات والمناور : (٢)

ان المالك الذى يريد أن يبنى على أرضه له الحق فى استعمال كل جزء منها كما ان يبنى حائط منزله على الحد الفاصل بين القطعة التى يملكها وبين ملك الجار بدون ترك أى مسافة لذلك ، وهذا هو الأصل أما لو أراد المالك أن يفتح فتحات فى حائطه للاطلال أو الاضاءة أو التهوية فانه يلتزم بترك مسافات معينة حددها القانون محافظة على العلاقة الطيبة بين الجيران ومنعا للمضايقات التى تترتب بالاطلال على ملك الجار •

ولكن ماهو الفرق بين المطل والمنور وماحكم كل منهما ؟

المطـــل :

عبارة عن فتحة فى الحائط تسمح بالاطلال على ملك الجار مباشرة أو بالالتفـــات الى اليمين أو الى الشمال • مثل النوافذ أى النوافذ " الشبابيك أو الشرفـــات أو

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : د • محمد كامل مرسى جـ١ ف ٣٦٦ ، د • السنهورى جـ٨ ف ٤٨ ، د • عبد المنعم الصدة ف ٩٥ وما بعدها ، د • احمد سلامـــه ف ٦٦ ـ ٧١ ، د • حسن كيره ف ٨٠ ، د • منصور ف ٣٨ ، د • جميـــل الشرقاوى ف ٣٩ ـ ٤٠ ، د • محمد شنب ف ٢٤٠ ، د • عبد المنعـــم البدراوى ف ١٠٤ ومابعدها •

(٢) المراجع السابقة المذكورة •

البلكونات " التى يطلق عليها القانون المشربية أو الخارجة • وتتميز المطلات عن غيرها بأن قاعدتها لاتتعدى الارتفاع قامة الانسان المعتادة •

المنــور :

هي الفتحة التي يقصد بها نفاذ النور ومرور الهواء بحيث لايتمكن منها الاطلال على ملك الجار • وتتميز عن غيرها بأن الفتحة في المنور تعلو قاعدتها عن قامه الانسان المعتادة •

ونستنبط من التعريفين السابقين للمطلات والمناور : أن معيار التفرقة بينهما ظاهر • لاغموض فيه (وهو ارتفاع قاعدة الفتحة) فاذا كان الارتفاع يعلو قامة الانسان المعتادة فان الفتحة بلا شك تكون منورا • أما اذا كان الارتفاع لايعلو قامة الشخص المعتادة فان الفتحة تكون مطلا غير أن القانون المصرى لم يحدد قامة الانسان المعتادة بل ترك تقدير ذلك للقاضي بخلاف القانون الفرنسى الذى حددها بالنسبة للطابق الأرضى ٢٦٠ سنتمتر حدا أدنى • وفى الطوابق العليا ١٩٠ سنتيمتر حد أدنى (م ٦٦٩ ـ فرنسى) غير أن بعض من رجال القانون قد حددها فى ج م ع ١٧٥ سنتيمتر •

وهذا التحديد لا بأس به اذا أخذ به المشرع المصرى لأن الغالب عندنا هذا المقاس بالنسبة لقامة الشخص المعتادة •

وبعد ذلك نريد أن نبين حكم كل من : المطلات والمناور :ـ

أولا : حكم المطلات :ـ

تنص المادة ١/٨١٩ مدنى على أنه (لايجوز للجار أن يكون له على جاره المطل مواجهة على مسافة تقل عن متر • وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من مسافة المشربة أو الخارجة) •

وتنص المادة ٨٢٠ مدنى على أنه لايجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على

مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل .

ولكن يرتفع هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجهة الطريق العام) .

والذى يتضح لى من هذين النصين أن المطل ثلاثة أنواع :ـ

١ ـ مطل مفتوح .

٢ ـ مطل مواجهه .

٣ ـ مطل منحرف .

المطل المواجهة :

هو الذى يمكن النظر فيه الى ملك الجار مباشرة دون داعى الى الالتفات يمينا أو شمالا .

وهذا المطل لايجوز فتحه الا على مسافة قدرها المشرع بأنها لاتقل عن متر حتى لايؤذى جاره بأطلاله . وهذه المسافة تقاس من ظهر الحائط الذى يفتح فيه المطل أو من حافة الخارجة أو المشربة الى الحد الفاصل بين الجارين وذلك طبقا للمادة ١/٨١٩ سواء كان ملك الجار مبنيا أم لا .

المطل المنحرف :

هو الذى لايمكن النظر منه الى ملك الجار الا بالالتفات الى اليمين أو الى اليسار وقد قيد المشرع مالك الحائط هنا بأنه لايجوز له فتح المطل المنحرف الا بعد ترك مسافة لاتقل عن خمسين سنتيمتر من حرف المطل . غير أن هذا الحظر يرتفع ويزول اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجهه للطريق العام . لأن الهدف من هذا القيد هو فى الوقت ذاته مطل مواجهه للطريق العام لأن الهدف من هذا القيد هو مساحة الاملاك الخاصة المجاورة بخلاف المطل المفتوح على الطريق العام فلا يلتزم المالك ترك أى مسافة . وذلك طبقا للمادة السالفة الذكر .

ويترتب على ذلك أن المالك لو فتح مطلا مواجها أو منحرفا مخالفا لما نص عليه القانون فان ذلك يعتبر اعتداء على ملك الجار سواء كان ملك الجار مبنيا أو فضاء ، أو كان البناء للسكنى أم لا .. فحق الجار الذى لحقه الضرر من ذلك أن يطلب سد المطل والا لو استمر هذا الوضع المخالف لمدة خمسة عشر سنة اكتسب من فتح المطل حق ارتفاق بالمطل عن طريق التقادم المكسب ، شريطة الا يكون سكوت الجار عن طلب سد المطل تسامحا منه . كما لو كانت أرضه فضاء أو مسورة بسور مرتفع اصم يمنع النظر من المطل الى ملكه . ويترتب على ذلك طبقا للمادة ١/٨١٩ أنه (اذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجة لملك الجار على مسافة تقل عن متر . فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر بالطريقة السابقة بيانها وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل .

وكذلك يؤخذ بهذا الحكم في المطل المنحرف اذا كسب بالتقادم . (١)

وبناء على ماسبق اذا أراد الجار الذى سكت عن حقه أن يبنى بدون فتحات فعلية ان يترك من ملكه مترا واحدا . أما اذا أراد أن يفتح مطلا في بنائه فعليه أن يرتد ببنائه مترين بينه وبين جاره .

ثانيا : حكم المناور :

والمقصود بالمناور هى الفتحات التى يقصد منها مرور الهواء ونفاذ الضوء شريطة ألا يمكن النظر منها على ملك الجار لأن قاعدتها بلا شك ترتفع عن قامة الانسان المعتاد ، وقد قدرها بعض الفقهاء المصريين بحوالى مترين . (٢)

وبناء على ذلك فان المناور بهذا العلو لاتؤذى الجار فى شىء وطالما أنه لايترتب على فتحها ايذاء الجار فان المشرع قد أباح فتحها دون التقيد بترك أى مسافة طبقا للمادة التى تنص على أنه :-

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٦٨ .

(٢) د . جميل الشرقاوى ف ٤٠ ص ١٠٩ " السابق " .

(لاتشترط أي مسافة لفتح المناور وهي تعلو قاعدتها على قامة الانسان المعتادة ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور .

ويترتب على ذلك أن المالك الذي ينشئ حائطا على حدود ملكه وفتح فيه منورا فلا يحق للجار الملاصق له أن يطلب سد هذا المنور شريطة : ألا يتعسف صاحب المنور في استعماله كما لو اعتاد القاء المخلفات منه على جاره أو ينظر الى عورات جاره بالوقوف على علو يمكنه من ذلك . وفي هذه الحالة يجوز للجار أن يطلب سد المنور منعا للضرر طبقا للقواعد العامة .

هل تكتسب المطلات والمناور الغير شرعية بالتقادم ؟ :

اذا كانت هناك مطلات أو مناور غير شرعية بمعنى انها لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة لشرعيتها فعلى من لحقه الضرر من جراء ذلك أن يطلب سدها أو ازالة الضرر عن نفسه لأن الضرر مدفوع شرعا ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولاضرار " .

فالضرر يجب ازالته وذلك بناء على طلب من لحقه الضرر . أما لو سكت عن ذلك الضرر بدون عذر وكان عالما به رشيدا حاضرا فما الحكم في ذلك ؟

المشهور لدى فقهاء المالكية ان المطلات والمناور الغير مشروعة اذا مضت عليها عشرة أعوام وكان الشخص الذي لحقه الضرر رشيدا حاضرا عالما به ساكتا عن ازالته بدون عذر فانها تكتسب بالتقادم ويصبح لصاحب المطل أو المنور حق ارتفاق على ملك الجار بالمطل او المنور لأن الضرر عندهم يحاز بما تحاز به الأملاك .

ويفهم من ذلك أنه اذا كان غائبا أو مضت عليه أقل من عشرة أعوام أو كان الواقع عليه الضرر محجورا أو صغيرا غير عالم أو غير ساكت أو كان له عذر في سكوته فهو على حقه لو طالت المدة حتى تمضي عشر سنين من قدومه من الغيبة وزوال الحجر وحصول العلم وغير ذلك .

وهذا القول : قال به ابن القاسم وأشهب وابن نافع وبه الحكم وعليه العمل .

ومقابل هذا القول : قول الأصبغ انه لايسقط حقه فى الطلب بازالة الضرر الا بعد عشرين سنة .

وقيل لايكتسب ذلك بالتقادم لأن الضرر لايحاز أصلا وان طال سواء كان الضرر مما يتزايد أم لا . لأن الحيازة انما هى فى الأملاك اما الضرر فلا يزيد التقادم الا ظلما وعدوانا . (١)

والرأى المشهور هو الأول وهو الذى يجب اتباعه اذا توافرت فيه الاسس الأصلية والا فلا .

وبهذا أخذ القانون غير ان مدة التقادم لديه خمس عشرة سنة بشرط ألا يظهر نية التسامح فى هذه المدة كما لو كانت أرض فضاء أو مسورة بسور أصم الى ملك الجار .

---

(١) البهجة شرح التحفة جـ٢ ص ٣٣٨ .

الفصل الثاني

الملكيــة الشائعــة

تعريـــف :

الملكية الشائعة هي التي تخول سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف لأكثر من شخص على شيء واحد دون افراز أو تحديد جزء من هذا الشيء لكل مالك (١)
ولذلك نصت المادة ٨٢٥ مدني على الشيوع بقولها (اذا ملك اثنان أو اكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقسم دليل على غير ذلك) .

ويؤخذ من هذا النص أن الحق الثابت لكل انسان حق ملكية تامة (٢) حيث للمالك على الشيوع حق الاستغلال والاستعمال والتصرف . وهذا مانصت عليه المادة ١/٨٢٦ مدني بقولها :

(كل شريك في المشروع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ويستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لايلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء) .

وقد بين المشرع أن الأصل في الملكية الشائعة أن تحسب الحصص متساوية حتى يقوم دليل على غير ذلك . ويترتب على ذلك أنه اذا كانت الملكية مشاعا بين اثنين فالأصل ان لكل منهما النصف . واذا كانت مشاعا بين أربعة أشخاص فان لكل منهما الربع ، وهلم جرا مالم يثبت الدليل على زيادة حصص بعض الأشخاص على نصيب الآخرين .

---

(١) د . لبيب شنب ــ السابق ص ٢٦٩ ف ٢٥٦ .
(٢) وذلك فلا داعي للبحث عن طبيعة الحق المشاع والتعرض للخلاف القائم بين فقهاء القانون في هذه المسألة .

مصدر الشيوع :

ومما لاشك فيه أن أى سبب ينشىء الملكية العادية يمكن أن ينشىء الملكية الشائعة فى حالة تعدد الملاك للشيىء الواحد . ولذلك جاء فى المجموعة التحضيرية للمادة ٨٢٥ مدنى أن مصدر الشيوع قد يكون العقد مثل مالو اشترى شخصان مالا على الشيوع .

وقد يكون الوصية مثل مالوأوصى شخص لاثنين على الشيوع . وقد يكون أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية . وان أكثر الأسباب انتشارا هو الميراث لأن الورثة تتوزع حصصهم شائعة فى التركة . (١)

وقد يكون مصدر الشيوع الهبة لعدد من الأشخاص على الشيوع وكذلك انحلال الشخص المعنوى كالشركة فأن أموالها تصبح مملوكة على الشيوع بين الشركاء (٢) - والمصدر هذا واقعة مادية كالميراث المترتب على الوفاة .

خطة البحث :

لدراسة الملكية الشائعة سنبين حكم القانون المدنى فى المسائل التالية :-

١ - استعمال المال الشائع وادارته .
٢ - التصرف فى المال الشائع .
٣ - حق استرداد الحصة الشائعة .
٤ - انقضاء حالة الشيوع .
٥ - الشيوع الاجبارى .

وسنوضح هذه المسائل فى خمسة مباحث :-

المبحث الأول

استعمال المال الشائع وادارته

---

(١) الاعمال التحضيرية جـ٦ ص ٧٩ .
(٢) د . محمد على عرفه جـ ١ ن ٢٧٥ .

أولا : استعمال المال الشائع :

نص القانون المدني في المادة ١/٨٢٦ على أن (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء) .

نستنبط من هذا النص أن كل شريك في الملكية الشائعة بمقتضى ماله من حق ملكية على الشيء الشائع فله أن يستعمله ويستغله غير أن سلطته في هذا الاستعمال والاستغلال (مقيدة) بعدم الاضرار بحقوق غيره من الشركاء وأعمال الاستعمال والاستغلال اما أن تقبل المشاركة بحيث يستطيع الشركاء جميعا أن يقوموا بها في وقت واحد .

فانه والحالة هذه يجوز لأي شريك ان ينفرد بالقيام بها لأن طبيعة الشيء المشاع تسمح بذلك مثل مالو كان طريقا فان كل شريك يستطيع أن يمر فيه أو كان بئرا فان كل شريك يأخذ منه الماء اللازم للشرب .

أما اذا كانت أعمال الاستعمال أو الاستغلال لاتقبل المشاركة لأن طبيعة الشيء المشاع تقتضي الاستئثار به أو بجزء معين منه ، فانه والحالة هذه لايحق لأي شريك أن يستأثر باستعماله أو باستغلاله ، حتى لو كان الجزء الذي يستأثر به معادلا لنصيبه الشائع . لأن حق كل شخص من الشركاء في الملكية الشائعة يرد على الشيء الشائع كله . وبناء على ذلك لو وضع أحد الشركاء يده على كل المال الشائع واستأثر به دون موافقة الشركاء الآخرين فانه يكون متعديا على حقوقهم فلهم منعه وطرده بالاستعانة بدعاوى الحيازة (١) لأن عمل الشريك يعتبر تعرضا لهم في حيازتهم أو سلبا لهذه الحيازة بخلاف لو اقتصر الشريك على حصة مساوية لنصيبه في الملكية الشائعة ، فمان محكمة النقض قد اجازت ذلك في ظل القانون القديم ،حيث صححت هذه المحكمة

---

(١) د . عبد المنعم البدراوي ص ١٤٠ ، عبد المنعم الصده ــ السابق ص ١٩٥

تأجير أحد الشركاء على الشيوع لما يوازى حصته فى المال الشائع (١) ورفضت دعاوى الحيازة المقامة من أحد الشركاء ، وقالت أن النزاع هو على طريقة الانتفاع ومحل ذلك دعوى محاسبة أو قسمة لا دعوى رد حيازة ، وقد لجأت المحكمة الى ذلك للقضاء على مشكلات الشيوع ، وهذا أمر نظمه المشرع فى المادة ٨٢٨ مدنى حيث جعل الفيصل فى ادارة المال الشائع لرأى الأغلبية ولذلك فان مسلك القضاء فى ظل القانون القديم لايتفق مع مسلك المشرع فى ظل القانون الحديث .

ثانيا : ادارة المال الشائع :

تتنوع أعمال الادارة هنا الى نوعين :-

أ - أعمال الادارة المعتادة .

ب - " " غير المعتادة .

أ - الأحكام الخاصة بالادارة المعتادة :-

وهى التى تهدف الى الانتفاع بالشىء واستثماره دون أن تتضمن تعديلا أساسيا فى الغرض الذى أعد له .

أولا : حفظ المال الشائع :

ان المادة ٨٣٠ مدنى نصت على (انه لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل مايلزم لحفظ الشىء ، ولو كان ذلك بغيره ووافقة باقى الشركاء ومن وسائل الحفظ الترميم والصيانة وجنى الثمار وغير ذلك من الأعمال المادية ، وقد تكون أعمال الحفظ قانونية مثل قطع التقادم اذا كان المال الشائع فى حيازة أجنبى بنية تملكه ، ورفع دعاوى الحيازة ، أو تسجيل سند الملكية ، أو الوفاء بالضرائب المفروضة على العين

---

(١) نقض مايو ١٩٩٤ جـ ١٣٢ نقض ٢/٢٥ سنه ١٩٤٣ رقم : مجموعة محمود عمر .

فهذه الأعمال يقوم بها كل شريك وحده دون حاجة الى موافقة باقى الشركاء. (١)

ثانيا : النفقات والتكاليف :

نصت المادة ٨٣١ مدنى على أن (نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك) .

ومن هذا النص نجد أن تكاليف نفقات حفظ الشيىء الشائع وادارته على جميع الشركاء كل بقدر حصته فى الشيىء الشائع .

والأصل ان ادارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين مالم يتفقوا على توكيل أحدهم لكى ينفرد بالادارة طبقا لنص المادة ٨٢٧ مدنى التى تقول (تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك) .

ونظرا لاختلاف أهواء الشركاء وأهوائهم ورغباتهم فى ادارة المال الشائع فى أغلب الأحيان فان المشرع قد وضع نظاما دقيقا للتوفيق بين المصالح المتعارضة حتى لا يتعطل الانتفاع بالمال الشائع . فنص فى المادة ٨٢٨ مدنى على أن :-

(١) مايستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قسمة الانصباء ، فان لم تكن ثمة أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ماتقتضيه الضرورة ، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

(٢) وللأغلبية أيضا ان تختار مديرا كما أن لها أن تضع للادارة ولحسن الانتفاع

---

(١) اختلف الفقه فى تكييف العمل الذى قام به الشريك على قولين :

١) يعتبر فضوليا يتصرف فى حدود قواعد الفضالة فى حالة عدم موافقة الشركاء الآخرين (محمد على عرفه) .

٢) يعتبر نائبا قانونيا عن باقى الشركاء بقدر حصصهم (البدراوى ، شحاته الصده ، منصور) .

بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا .

(٣) وان تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض الباقين عد وكيلا عنهم) .

فالمشرع بين فى هذا النص بأن الأغلبية تكون من حيث الانصباء حتى لو كانت أغلبية الانصباء لواحد من الشركاء . فالمتبع فى الادارة هو مايستقر عليه رأيه ـ وليس للآخرين حق الاعتراض بل لهم الحق فى طلب القسمة دائما . والأغلبية أن تختار مديرا من بين الشركاء أو الغير ، وان تضع له قواعد يسير عليها لادارة المال الشائع كما تسرى هذه القواعد على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاما أو خاصا واذا لم تتوافر الأغلبية ولم يتول أحد الادارة فانه يجوز لأحد الشركاء أن يطلب من المحكمة المختصة أن تأمر باتخاذ الاجراءات الوقتية لضرورة المحافظة على المال الشائع ، ولها أن تعين مديرا لادارة هذا المال من بين الشركاء أو من غيرهم وتكون لهذا المدير سلطات الحارس القضائى . (١)

ب ـ أعمال الادارة غير المعتادة :

هى التى تتضمن تغييرا أساسيا أو تعديلا جوهريا فى الغرض الذى أعد له المال الشائع لتحسين الانتفاع به ، مثل اعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال أو تحويل مطعم الى مقهى أو العكس . (٢)

وقد تضمنت المادة ٨٢٩ مدنى أعمال الادارة غير المعتادة بقولها :ـ

" ١) للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له مايخرج عن حدود الادارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى

---

(١) د . عبد العزيز عامر " السابق ص ١١ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٨٨ .

الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان .

٢) وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا ماتراه مناسبا من التدابير ، ولها على وجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

ومن هذا النص نجد أن المشرع قد اشترط شروطا للقيام بأعمال الادارة غير المعتادة هي :ـ

١ ـ يجب موافقة أغلبية الشركاء الذين يمتلكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل .

٢ ـ يجب اعلان الاقلية بقرار الأغلبية بمجرد صدوره فورا .

٣ ـ يجب انتظار شهرين من وقت اعلان الاقلية بقرار الأغلبية .

فان سكتوا في هذه المدة نفذت أعمال الادارة غير المعتادة وصارت نهائية والا لهم حق الإعتراض في هذه المدة بدعوى ترفع أمام المحكمة المختصة . ولها أن توافق على قرار الأغلبية أو تلغية . وفي حالة الموافقة لها أن تعطى المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض بسبب تنفيذ قرار الأغلبية فيما اذا ظهر مستقبلا انه ضار بمصلحة الأقلية ومن حق المحكمة أن تتخذ ماتراه مناسبا من التدابير محافظة على حقوق المعترضين مادامت قد أقرت قرار الأغلبية . (١)

وبهذا يتضح لنا بأن موافقة المحكمة على قرار الأغلبية ، لايعفي الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض اذا تسبب قرار الأغلبية في خسارة للأقلية . (٢)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٨٧ .
(٢) د . عبد الخالق حسن " السابق " ص ٥١ .

المبحث الثانـــى

التصـرف فى المـال الشائــع

أنواع التصرف فى المال الشائع :ـ

١ ـ تصرف صادر باجماع الشركاء جميعهم فى المال الشائع .

٢ ـ تصرف صادر باجماع من أغلبية الشركاء فى المال الشائع .

٣ ـ تصرف صادر من الشريك فى المال الشائع وله ثلاثة أنواع :ـ

أ ـ تصرف الشريك فى كل المال الشائع .

ب ـ تصرف الشريك فى كل جزئه المفرز من المال الشائع .

جـ ـ تصرف الشريك فى كل حصته الشائعة .

أولا : التصرف الصادر باجماع الشركاء :

اذا كان التصرف فى المال الشائع صادرا من جميع الشركاء فان هذا التصـــرف يعتبر صحيحا ونافذا فى حقهم جميعا . سواء كان التصرف كليا أم جزئيا ، لأن من يملك الأكثر يملك الأقل فيجوز لهم بيع المال الشائع كله أو بعضه أو رهنه كله أو بعضه .

فاذا كان التصرف الصادر من جميع الشركاء ناقلا للملكية فالأمر لايثير أى صعوبة (١) فى حالة أو قبل القسمة سواء كان التصرف جزئيا أم كليا حيث يخرج من نطاق القسمة .

ولكن ما الحكم بعد قسمة المال الشائع اذا كان التصرف رهنا رسميا أو حيازيـــا أو أى حق عينى أصلى كتقرير حق انتفاع أو ارتفاق ؟

ان القواعد العامة تقضى بأن الرهن لايتأثر اذا تمت القسمة بفرز الانصاب ، فيظل كل متقاسم متحملا الرهن فى الحصة التى أختص بها ، أم لو وقع المرهون كله فـــى

(١) د . محمود جمـال الدين زكى " السابق " ف ٧٨ ص ٢٨ ، د . عبد الخالق حسن ص ٢٠٥ .

نصيب أحد الشركاء أو رسا عليه مزاده فان الرهن يظل صحيحا ونافذا فى نصيبه فقط لأنه لم يرهن أكثر منه ، بخلاف رهن باقى الشركاء ، فانه يكون باطلا ، لوقوعه على ملك الغير تطبيقا لقاعدة أن القسمة مقررة .(١)

غير أن المشرع قد خرج عن نطاق القواعد العامة فى هذا الشأن ونص على حكم خاص بالرهن الرسمى فقط ، ولايجوز سريانه على الحقوق الأخرى كالرهن الحيازى(٢) فنص فى المادة ١/١٠٣٩ على أن (يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته) .

يتضح من هذا النص أن أحد الشركاء لو اختص بكل المرهون فان الرهن يبقى وعليه أن يرجع على باقى الشركاء السابقين ، كل بقدر دينه الا اذا روعى الدين فى حالة القسمة أو فى ثمن العقار ، فلا يجوز له الرجوع عليهم بشىء . ولكن بعض الفقهاء قد أجازوا سريان الحكم السابق فى المادة ١/١٠٣٩ على الرهن الحيازى وحق الانتفاع والارتفاق تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأن التصرف الصادر من جميع الشركاء يظل نافذا أيا كانت نتيجة القسمة .(٣)

ثانيا : حكم التصرف الصادر من أغلبية الشركاء :-

ان المشرع قد بين حكم التصرف الصادر من الأغلبية التى تملك ثلاثة أرباع المال الشائع فى المادة ٨٣١ مدنى التى تقول (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة

---

(١) د . عبد العزيز عامر " السابق " ص ١٢١ ف ٩٣ .

(٢) محمد على عرفه ف ١٨٩ ، د . شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العينى ف ١١١ ، عبد الفتاح عبد الباقى _ التأمينات ف ٢٢٣ ، د . عبد المنعم البدراوى : حق الملكية _ ٧٣١ ف ١٣٣ ص ١٩٢ .

(٣) د . السنهورى " السابق " ص ٨٣٦ ومابعدها ، د . الصدة ، م السابق " ص ١٩٧ .

أرباع المال الشائع بأن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية على أن يقوموا باعلان باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان • وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضار بمصالح الشركاء ان تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا) •

ومن هذا النص يتبين لنا بأن التصرف الصادر من الأغلبية يسرى على الأقلية اذا توافرت هذه الأمور :ـ

١) أن يكون التصرف صادرا من الأغلبية الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع •

٢) أن يكون هذا التصرف مستندا الى أسباب قوية تدعو اليه ويكون التصرف لصالح جميع الشركاء كالتصرف فى المال الشائع بثمن مرتفع عن قيمته الحقيقية انتهازا لفرصة مواتية •

٣) أن تعلن الأغلبية قرار التصرف الى الاقلية التى من حقها اللجوء الى المحكمة المختصة فى مدة شهرين من وقت الاعلان فان لم يحصل تظلم فى خلال المدة نفذ القرار فى حق الجميع •

٤) وفى حالة تظلم الأقلية من قرار الأغلبية فى ظرف شهرين فان المحكمة لها الخيار فى هذه الامور :ـ

أ ـ القسمة شريطة عدم الضرر بمصالح الشركاء •

ب ـ تجنيب نصيب المعترض اذا طلب منها ذلك •

جـ ـ فاذا لم تتمكن من الأمرين السابقين فان المحكمة تراجع قرار الأغلبية فلها أن تعتمده ويكون نافذا فى حق الجميع ، اذا وجدت لذلك أسبابا قوية تبرره والا أجابت المعترضين الى عدم نفاذ التصرف فى مواجهتهم ومن ثم يقتصر أثر التصرف على من أقره من الشركاء ، وليس للمقررين الطعن على التصرف بالبطلان لأنهم هم الذين

أبرموه فلا يجوز لهم الطعن فى نفض ماتم من جهتهم . (١) والتصرف الصادر هنا يطلق على البيع أو المقايضة أو الهبة أو الرهن الرسمى أو الحيازى لأن من ملك الأكثر ملك الأقل . (٢)

ثالثا : التصرف الصادر من الشريك :

ان التصرف الصادر من الشريك :-

١) اما أن يكون فى كل المال الشائع :
٢) أو فى حصة شائعة تعادل نصيبه .
٣) أو فى حصة مفرزة من المال الشائع .

أ - حكم القانون فى تصرف الشريك فى كل المال الشائع :

ان التصرف الواقع من أحد الشركاء فى كل المال الشائع دون موافقة الباقين فيما زاد عن حصة التصرف يعتبر واردا على ملك الغير ، سواء كان ذلك بيعا أو رهنا أو حق عينى آخر . فان كان بيعا وقع البيع قابلا للابطال لمصلحة المشترى وهذا ما تنص عليه المادة ٤٤٦ مدنى من بيع ملك الغير ، ومن حق المشترى أن يطلب الابطال دون انتظار نتيجة القسمة . والتصرف هنا نافذ فى حق الشركاء بالنسبة للحصة الشائعة للشريك المتصرف لأنه يملك حصته هذه ملكا تاما وبالتالى أجاز القانون له التصرف فيها . بخلاف التصرف فى القدر الزائد على حصة الشريك المتصرف فان هذا التصرف لايكون نافذا فى حق الشركاء الآخرين .

ب - حكم القانون فى تصرف الشريك فى حصته المفرزة من المال الشائع :

ان التصرف الصادر من الشريك فى حصة مفرزة تساوى حصته فى المال الشائع فانه

---

(١) د . عبد العزيز عامر ص ١٢٣ .
(٢) د . محمد كامل مرسى ج ٢ ف ٦٧ ، محمد على عرفه ج ١ ف ٢٨٩ .

لايكون نافذا فى حق الشركاء الآخرين ، لأن حق كل شريك ينصب على كل ذرة من ذرات المال الشائع لا على جزء منه .

وقد بينت المادة ٨٢٦ /٢ حكم هذا التصرف بعد القسمة فقالت : (اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف فانتقل حق التصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى ابطال التصرف) .

ومن هذا يتضح لنا بأن المشرع قد بين حكم تصرف الشريك فى حصة مفرزة بعد القسمة لا قبل القسمة .

أما حكم التصرف قبل القسمة :

فى هذه الحالة التى لم يتعرض لها المشرع يجب أن نطبق القواعد العامة فى الشيوع من عدم نفاذ هذا التصرف لانه تصرف فى ملك الغير .

الحكم بالنسبة للمتصرف والمتصرف اليه :

ان التصرف الصادر من الشريك فى هذه الآونة يعتبر واردا على ملك الغير طبقا للمادة ٤٤٦ مدنى وهذا بقدر ما للشركاء الآخرين من حقوق فى هذا الجزء . ومن حق المشترى ان يطلب الابطال دون حاجة لابطال القسمة .

أما الحكم بالنسبة لباقى الشركاء :

فان التصرف يكون غير نافذ فى حقهم ، باقى القدر الزائد عن حصة الشريك المتصرف بخلاف مالو أقروه فانه يكون ملزما لهم وبناء على ذلك فانه لايجوز بعد اقرارهم لهذا التصرف أن يطلب المتصرف اليه ابطال هذا التصرف .

ب- حكم القانون فى تصرف الشريك فى جزء مفرز بعد القسمة :

ان المادة ٨٢٦ السابقة الذكر بينت لنا هذا الحكم . وقد فرقت بين أمرين :-

الأمر الأول :

يكون التصرف صحيحا ولا يجوز للمتصرف اليه طلب ابطال تصرف الشريك في حالة ما اذا وقع هذا الجزء المفرز الذى تصرف فيه في نصيبه .

الامر الثاني :

اذا وقع في نصيب الشريك بعد القسمة جزء آخر غير الجزء المفرز الذى تصرف فيه فان حق التصرف اليه ينتقل من وقت أجراء التصرف لا من وقت القسمة الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة ، طبقا للمادة ٢/٨٢٦ مدنى ، وأصل الفكرة الحلول العينى حيث يحل هذا الجزء محل الجزء المفرز المتصرف فيه . (١)

ومن حق المتصرف اليه اذا كان يجهل وقت ابرام التصرف أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة أن يطلب بالابطال بناء على أساس قواعد الغلط لوقوعه فى غلط جوهرى لأن المتصرف فيه اذا كان يجهل أن العين شائعة يكون قد وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء ولهذا السبب يكون من حقه طلب الابطال. وهذا الحكم يسرى سواء كان التصرف الصادر من الشريك ناقلا للملكية أم مقررا لحق عينى . (٢)

---

(١) د . السنهورى جـ٨ ص ٨٧٠ ، الصدة ف ٣٥ ، د . جمال الدين زكى دروس في الحقوق العينية الأصلية ف ٢٧٥ ، د . محمد لبيب شنب ف ٢٧٥ ، د . عبد الخالق حسن ص ٥٧ .

(٢) محمد على عرفة ف ٢٧٨ ، البدراوى ف ١٢٧ ، محمد كامل مرسى جـ ٢ ف ٦١ د . منصور فى نظرية الحلول العينى ـ رسالة دكتوراه ـ ١٩٥٦م الذى يرى أن الحق المتصرف اليه قبل القسمة لم يكن حقا عينيا ، والحلول العينى مقصور على نقل الحقوق العينية .

جـ - تصرف الشريك في حصته الشائعة :

ان تصرف الشريك في حصته الشائعة يكون جائزا أو نافذا في حق الشركاء طبقا للمادة ١/٨٢٦ مدني التي تقول (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها) بالبيع أو الهبة أو أي حق عيني آخر أصلي أو تبعي طالما كان التصرف منصبا على الحصة الشائعة ذاتها .

فان كان التصرف هنا رهنا رسميا فانه صحيح ونافذ في حق الشركاء الآخرين لأن الراهن تصرف في خالص ملكه ، وفي حالة حلول أجل الدين والشيوع قائم فان الدائن المرتهن ينفذ على الجزء الشائع المرهون وفاء لدينه . واذا تمت القسمة قبل حلول الدين المضمون بالرهن وتحول نصيب الشريك الراهن الى مبلغ من النقود يدفعه له باقي الشركاء أو بيع العقار في المزاد العلني فان الدائن المرتهن ينتقل حقه الى هذا المقابل النقدي ويكون له الاولوية المقررة حسب ترتيب رهنه بخلاف مالو تحول نصيب الشريك الراهن الى حصة مفرزة فينتقل الرهن الى الجزء الذي آل للمدين الراهن فرزا بالقسمة طبقا للمادة ٢/١٠٣٩ مدني التي تقول :-

(واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة أو جزءا مفرزا من هذا العقار ثم وقع نصيبه عند القسمة على أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين).

ويفهم من هذا النص السابق أن الحصة المفرزة يجب تعيينها بواسطة القاضي بأمر على عريضة وان على الدائن أن يجرى قيدا جديدا يبين فيه القدر المفرز الذي انتقل اليه في خلال تسعين يوما من تاريخ اخطاره من أحد ذوي الشأن .

واذا تأخر القيد عن المدة المحددة طبقا للقانون فلا يكون له أولوية الا من تاريخ القيد الجديد .

المبحث الثالث

انقضاء الشيوع بالقسمة

ان قسمة المال الشائع تعد سببا رئيسيا وهاما لانهاء حالة الشيوع حتى يتمتع كل شريك بحصته المفرزة ويضع يده عليها دون الشركاء الآخرين .

والقسمة اما أن تكون نهائية وهذه ترد على الملكية وبها ينقضى الشيوع .. واما أن تكون قسمة مهايأة وهذه ترد على منافع الشيء الشائع بين الشركاء ، ولذلك لاينقضى بها الشيوع لأن الهدف منها تنظيم الانتفاع بالملكية الشائعة .

ولذلك نتكلم عن هذين النوعين :ـ

النوع الأول : القسمة النهائية :

تنص المادة ٨٣٤ مدنى على أن :ـ

(لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء على الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولايجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الأجل لايجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه) .

ومن هذا النص يتبين بأن الأصل فى حق طلب قسمة المال الشائع يكون للشريك الذى يريد أن يتخلص من الشيوع المعوق له فى الانتفاع بحصته على أحسن وجه أو استغلالها والتصرف فيها كيفما ومتى ولمن يريد . ولايمنعه من هذا الحق الا نص قانونى أو اتفاق ارادى .

فالنص القانونى الذى يمنعه من طلب القسمة فى حالة الشيوع الاجبارى حيث تنص

المادة ٨٥٠ مدنى بأنه :

(ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع) .

وكذا نص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال (المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م) التى تقول (اذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة لمدة لاتجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن فى التعجيل لها ضررا جسيما .

والاتفاق بين الشركاء على بقاء الشيوع مدة لاتزيد على خمس سنوات أمر جائز وملزم لهم ولخلفهم العام والخاص فلا يجوز لأحد هم أن يطلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة .

ومما تقدم يفهم منه بأنه اذا لم يكن الشريك مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ـ كان له أن يطلب القسمة فى أى وقت باحدى الطرق المنصوص عليها فى القانون المدنى .

طرق القسمة النهائية

ان قسمة المال الشائع قد يتم عن طريق الاتفاق بين الشركاء ويطلق عليها قسمة اتفاقية وقد يتم عن طريق القضاء فى حالة تعذر الاتفاق ، وقد يتم بقوتها القانون فيما لو مضى مدة خمس عشرة سنة على قسمة المهايأة المكانية .

وهذا يتطلب منا أن نبين هذه الطرق وفقا لما نص عليه القانون المدنى المصرى

أولا : القسمة الاتفاقية :

(تنص المادة ٨٣٥ مدنى على أن : (للشركاء أن يقتسموا المال الشائع

بالطريقة التى يرونها • فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وحسب مراعاة الإجراءات التى نص عليها القانون) •

يفهم من النص السابق أن من حق الشركاء أن يتفقوا جميعا على قسمة المال الشائع كله أو بعضه على أن تراعى الأحكام العامة بالعقود من انعقاد وصحة •• حيث انها ترد على عقد القسمة • وعلى ذلك اذا كان هناك شريك ناقص الأهلية فانه لابد من اتخاذ الاجراءات الخاصة بقانون الولاية على المال وفقا للمادة ٤٠، ٧٩ منه • والا جاز للقاصر أن يتمسك ببطلان عقد القسمة •

وضمانا لبقاء هذه القسمة ومايترتب عليها من آثار • فقد نص المشرع فى المادة ١/٨٤٤ على أنه : (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ماقد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة • ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان على أن يكون العبرة فى تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة • فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين ؟ ؟

٢ ــ غير أنه لامحل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالاعفاء فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها ويمتنع الضمان أيضا اذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه) •

نقض القسمة بسبب الغبن :

وقد نص المشرع على جواز نقض القسمة الاتفاقية بسبب وقوع أحد الشركاء فى الغبن حيث نصت المادة ١/٨٤٥ على أنه : (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس •• على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة •

٢ ــ ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة •

وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا مانقص من حصته) •

ثانيا : القسمة القضائيـــة :

تنص المادة ١/٨٣٦ مدني على أنه : (اذا اختلف الشركاء في اقتسام المـــال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمـــام المحكمة الجزئية) حتى تقوم بدورها بقسمة المال الشائع بين الشركاء .

وهذا يتم بناء على رفع دعوى القسمة من الشريك على شركائه . (١) كافة فلـــو ترك أحدهم فان الحكم الصادر بصدد هذه الدعوى لايكون حجة عليه ، بل حجـــه على الشركاء الذين وجهت اليهم الدعوى فقط .

ولكن يجوز للشريك الذي لم ترفع ضده هذه الدعوى أن يتدخل فيها بناء علـــى طلبه أو طلب المدعي أو المدعى عليه ، بل يجوز للمحكمة أن تأمر بادخاله من تلقـــاء نفسها " م١٥٣ ، ١٤٣٦ ، ١٤٤ مدني) .

والمحكمة الجزئية هي صاحبة الاختصاص نوعيا بالفصل في دعاوى قسمة المـــال الشائع أيا كانت قيمة المال حتى لو زاد عن خمسة آلاف جنية . وفقا للمادة ١/٨٣٦ ، ٨٣٨ مدني والمادة ٤٣ مرافعات .

والأصل أن تتم القسمة عينا ، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع أما اذا كان المال لايقبل القسمة العينية ، أو كان من شأن هذه القسمة أحداث ضرر كبير في قيمته . فانه يجب على المحكمة أن تأمر باقامة مزاد ويقسم ثمنه بين الشركاء .

ولذلك فان القسمة القضائية تتنوع الى نوعين :-

١) القسمة العينيـــة .

٢) قسمة التصفيـــة .

---

(١) والشريك هنا هو من له حق شائع في الشيء سواء كان شريكا أصليا أو كان خلفا عاما أو خاصا تلقى ملكية الحق الشائع من سلفة شريطة أن يقوم المشترى للحـــق الشائع بتسجيل عقده حتى تنتقل اليه ملكيته ويصير شريكا . نقض مدنـــى ٢١/٤/١٩٦٠م مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ٤٩ ص ٣٣٤ مشار اليه فـــي نظام الملكية د . مصطفى الجمال ص ١٧٣ .

ونعرض لهم بكلمة موجـــزة :ـ

١ ـ القسمة العينيـــة :ـ

تتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة العينية ، ولها أن تندب خبيرا أو أكثر لهـذا الغرض م ٢/٨٣٦ مدنى .

حتى يختص كل شريك بكامل نصيبه عينا . فاذا تقدر ذلك عوض الشريك الـــذى يحصل على أقل من نصيبه عينا بمعدل نقدى عما نقص من نصيبه (م ٢/٨٣٧) .

وتكون العبرة فى التقسيم بقيمة الأشياء الشائعة وقت اجراء القسمة لا وقـت بـــدء الشيوع .(١)

تصديق المحكمة الابتدائية على القسمة :

وفقا للمادة ٨٤٠ مدنى ، م ٤٠ من قانون الولاية على المال (اذا كان بـــين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب تصديق المحكمة على حكـــم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون) .

فالمحكمة الابتدائية هى صاحبة الاختصاص فى التصديق على القسمة فى هـــــذه الحالة الا اذا كان الشريك ناقص الأهلية مثلا فى دعوى القسمة فانه لا يلـــــزم التصديق عليها لأن سلطة الولى غير مقيدة بما يقيد سلطة الوصى أو القيم أو وكيـــــل الغائب ، وفى حالة رفض المحكمة الابتدائية : (باعتبارها محكمة أول درجة أو استئنافيه التصديق على حكم القسمة تعين عليها أن تقوم بنفسها بالتقسيم على الاسس التى تراها بعد دعوة الخصوم) .(٢)

٢ ـ قسمة التصفيـــة :

تنص المادة ٨٤١ مدنى على أنه (اذا لم تمكن القسمة عينا أو كان من شأنهـــا

---

(١) انظر بالتفصيل أ.د / السنهورى جـ٨ بند ٥٥٨ـ٥٦٢ ، د . مصطفى الجمال ص ١٧٦ ، عبد المنعم الصدة حق الملكية ص ٢٣٧ .

(٢) . الجمال ص ١٧٧ .

احداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع المراد قسمته بيع هذا المال بالطرق المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع " .

ويفهم من هذا النص أنه اذا تبين للمحكمة المختصة أن القسمة عينا متعذرة كما لو كان المال سيارة أو كان من شأنها احداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع مثل لو كان المال مصنعا ، فانها والحالة هذه تأمر ببيع المال بالمزاد وفقا لاجراءات البيع فى قانون المرافعات .

والأصل أنه يجوز لأى شخص أن يتقدم للمزايدة ، سواء أكان شريكا أم شخصا أجنبيا . الا أن المشرع جعل للمحكمة أن تقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع .

فاذا رسا المزاد على أجنبى فان ذلك يعتبر بيعا ناقلا للملكية ويوزع الثمن بطريق التصفية .

ويترتب على حكم رسو المزاد كافة آثار القسمة :ـ

تدخل الدائنين فى اجراءات القسمة :

تنص المادة ١/٨٤٢ على أنه : (لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليهم الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة فى حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

٢) اما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش .

ويفهم من نص المادة السابقة أن المشرع افترض للدائنين الشركاء مصلحة جدية تدفعهم للتدخل فى اجراءات القسمة لحماية أنفسهم من تواطوء يحتمل وقوعه بين

الشركاء ، كما لو اتفقوا فيما بينهم على أن يختص المدين منهم بحصة علنية تقل عن نصيبه الحقيقى ، ثم يكمل نصيبة بنقود لايستطيع الدائنون الوصول اليها ، ومثل الشريك الذى تصرف فى حصة شائعة أو مفرزة من عقار معين فليتفق مع الشركاء الآخرين على ايقاع هذا العقار فى نصيب شريك آخر حتى يفوتوا على المشترى غرضه من الصفقة (١) .

ويؤيد هذا الحق المادة ١٥٣ مرافعات التى تنص على أنه : (يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لاحد الخصوم) .

فالدائن الشريك فى المال الشائع بلا شك صاحب مصلحة فمن حقه التدخل فى دعوى القسمة حيث ينضم الى مدينه لمراقبة سير الاجراءات الخاصة بالقسمة حتى لا يتم على نحو يضر بمصلحته بل خول الشارع الدائن فى هذه الحالة حق المعارضة فى أن تتم القسمة بغير تدخله . حتى يهيىء له فرصة التدخل فى قسمة قد تتم بدون علمه لولا هذه المعارضة " م ٨٤٢ مدنى " .

وهل المعارضة لها شكل معين ؟

ان المعارضة لاتتطلب شكلا معينا ، ولكن يجب أن توجه الى جميع الشركاء حتى يلتزموا بادخال من عارض من الدائنين فى جميع اجراءات القسمة والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم دون حاجة الى اثبات التواطوء على الاضرار بهم .

أما الدائنون الذين تقرر لهم حق عينى تبعى على حصة مدينهم الشائعة فى العقار ، وتم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ، فانه يجب على الشركاء ادخالهم فى دعوى القسمة دون معارضة . والا كانت القسمة غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين ، ويقاس على ذلك المشترى لجزء مفرز من العقار الشائع وقام بتسجيل البيع ، والدائن المرتهن لجزء مفرز وقام بقيد حقه . فان لهم حق التدخل فى اجراءات القسمة سواء أكانت قضائية أو اتفاقية .

---

(١) د . عبد المنعم الصدة : حق الملكية بند ١٥٣ ص ٢٤١ .

ويقول أستاذنا الدكتور/ عبد المنعم الصدة : (ومتى تدخل الدائن في إجراءات القسمة كان له أن يبدى من الاعتراضات ما يحول دون تواطوء الشركاء على الاضرار به ، كأن ينازع في تكوين الحصص ، أو يعترض على اجراء القسمة بطريق التجنيب ما دام أن اجزاءها بطريق الاقتراع ممكنا أو يعترض على قصر المزايدة على الشركاء فيطلب قبول الأجانب فيها .

وليس للدائن حق أن تدخل في اجراءات القسمة أو دخل فيها أن يعترض عليها بعد تمامها بحجة تواطوء الشركاء على الاضرار به أما الدائنون الذين لم يتدخلوا في اجراءات القسمة ولم يكن واجبا ادخالهم فيها فلهم أن يطعنوا في القسمة بعد تمامها بالدعوى البولصية) . (١)

النوع الثاني

قسمة المهايأة

هى قسمة انتفاع لا قسمة ملكية ، فهى اتفاق موقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع دون انقضاء الشيوع .

وقد نص المشرع الوضعى على أحكام قسمة المهايأة أيا كان نوعها مكانية أو زمانية (٨٤٦ ـ ٨٤٩ مدنى مصرى) .

فالمهايأة المكانية هى :

التى تتم باتفاق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة حصته المفرزة في المال الشائع ، شريطة الا تزيد على خمس سنوات . وعند انتهاء هذه المدة يجوز تجديدها .

---

(١) د . عبد المنعم الصدة " المرجع السابق " ص ٢٤١ ـ ٢٤٣ ونفس المعنى أ . د / السنهورى ٨ ص ٩٤١ ومابعدها ، أ . د / مصطفى الجمال ص ١٧٤ .

أما اذا لم تحدد المدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت المدة سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لايرغب في التجديد (م ١/٨٤٦ مدنى مصرى) •

المهايأة الزمانيـــة :

هى التي يتم فيها الاتفاق بين الشركاء على نوبة الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل واحد منهم وفقا للمادة ١/٨٤٧ مدنى " •

وقسمة المهايأة تتم بناء على اتفاق بين الشركاء أو بحكم قضائي بناء طلب أحد الشركاء ، وتظل الاخيرة نافذة حتى تتم القسمة النهائية ••• علما بأن المهايأة الاتفاقية أو القضائية تختلف عن المهايأة العادية التى ليست محددة بمدة معينة وتظل باقية الى أن تنتهى القسمة النهائية حتى ولو زادت على خمس سنوات •

وتخضع قسمة المهايأة لاحكام عقد الايجار وفقا لنص المادة ٨٤٨ مدنى التى تنص على أنه : (تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات لاحكام عقد الايجار ، مادامت هذه الاحكام لاتتعارض مع طبيعة هذه القسمة) •

تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية بقوة القانون :-

تنص المادة ٢/٨٤٦ على أنه : (اذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند على قسمة مهايأة) •

ويفهم من ذلك أن المشرع قد نص على تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت مدة خمس عشرة سنة • وذلك فى حالة تجديدها كلما انتهت المدة المحددة لها مالم يتفق الشركاء على غير ذلك •

والحكمة من ذلك كما قالت المذكرة الايضاحية (المهايأة المكانية التى تدوم

١٥ سنة دون أن يرغب أحد فى انهائها هى غير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها . وقد وصلوا اليها فعلا بالتجربة واطمأنوا الى نتائجها . (١)

وهذا النوع من القسمة لايعتبر قسمة اتفاقية ، وان كان يرجع الى الاتفاق في الأصل ، وانما يعتبر قسمة قانونية ولذلك لاتسرى عليه قواعد القسمة الاتفاقية ، فلا يجوز نقضه للغبن ، ولايمنع من تحققه أن يكون بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب ولايجب تسجيله اذا كان الشيء المقسوم عقارا لان التسجيل يرد بمقتضى المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على التصرفات والاحكام) . (٢)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٦/١٣٩.

(٢) د . مصطفى الجمال ١٧٩ ، د . اسماعيل غانم بند ص ٩٢ ، منصور مصطفى منصور ص ٧٩ ، د . حسن كيرة ١٢٦ .

الفصل الثالث

الملكيــــــة المعنويــة (١)

تعريف وتحديد :

هناك صورة أخرى من صور الملكية ، أو صورة اخرى من صور الحقــوق وهي تلك التي ترد على أشياء غير مادية ، وقد نصت المادة ٨٦ مدنى بـــــأن "الحقوق التي ترد على شيء غير مادى تنظمها قوانين خاصة" والشيء غــير المادى هو الذي يدرك بالفكر المجرد ولا يدرك بالحس .

وهذه الأشياء هي الأفكار والأراء المستحدثة والمخترعات بمعنى كــل ماينتج عن الفكر الانساني يكون محلا لمثل هذه الحقوق ، ومن أمثلتهـــا مايسمى بالملكية الصناعية ، وهي الخاصة بحقوق الاستئثار الصناعى الــتي تخول لصاحبها أن يستأثر قبل العامة باستغلال ابتكار جديد او استغـــلال علامة مميزة .

والحقوق التي ترد على الملكية الصناعية تتنوع الى حقوق ترد علـــى ابتكارات جديدة وهي ماتسمى ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعيــة وحقوق ترد على علامات مميزة وهي العلامات التجارية والصناعية والاســم التجــارى .

---

(١) يراجع على وجه العموم المصادر الاتية :ـ
د / السنهورى : الوسيط جـ٨ ص٢٨٦ الى ص٤٣٥ دار النهضة العربية ١٩٦٧
د /جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية ص١٧٩ الى ص٢٢٣ دار النهضـــة العربية ١٩٨٦
د / رمضان أبو السعود : الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى ص٥٦٩ الى ص ٦٠٨ الدار الجامعية للطباعة والنشر .
د /عادل جبرى : الوجيز فى الحقوق العينية الاصلية ١٦٩٩ الى ص١٩٣ ـ الاندلس للنشر ١٩٩٢ .

ويقصد ببراءة الاختراع تلك الشهادة التى تمنحها الجهة المانحة لابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعى سواء تعلق بمنتج جديد أو وسيلة مستحدثة ، أو تطبيق جديد لوسيلة صناعية معروفة حيث تخول هذه البراءة صاحبها الحق فى استغلال واحتكار ما أبدعه .

ويقصد بالعلامة المميزة ، حق المنتج فى احتكار علامة تميز منتجاته أوتميز بلد الانتاج عما يشبهها فى الأسواق ، وهذا مايسمى بالعلامة التجارية والصناعية

أما الاسم التجارى فيختلف عن العلامة التجارية ، اذ يقصد به تلك العلامة التى تميز المنشأة أو المؤسسة التجارية ذاتها التى تباشر النشاط الفعلى ، وقد اصطلح على تسمية هذا ، بحقوق الملكية التجارية .

وحق الملكية الصناعية وحق الملكية التجارية لم يتعرض لهما المشرع المدنى ، بل فضل ترك تنظيمهما للقوانين الخاصة ، وقد أصدر المشرع بعض القوانين المنظمة لمثل هذه الحقوق سواء على المستوى المحلى أو العالمى .

فعلى المستوى الدولى هناك اتفاقية "باريس" فى ٢٠ مارس ١٨٨٣ والخاصة بحماية الملكية الصناعية بصفة عامة كبراءات الاختراع ، الرسوم والنماذج العلامات الصناعية والتجارية ، الاسماء التجارية ، البيانات المتعلقة بمصادر السلع ، مكافحة المنافسة غير المشروعة .

(**) وانظر على وجه الخصوص : د / هادف راشد العويس : الاعلام وحرية الرأى مجلة "دراسات" نصف سنوية محكمة تصدر عن اتحاد كتاب وأدباء الامارات العربية ص ١٨٩ ومابعدها العدد ٧ سنة ١٩٩٤ ، د محمد حسام محمود لطفى : حق الأداء العلنى للمصنفات الموسيقية ص ١١ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤ الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٧ .

واتفاقية " مدريد " فى ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ الخاصة بوضع نظام دولى لتسجيل العلامات والبيانات التجارية • واتفاقية "لاهاى " فى ٦ نوفمبر ١٩٢٥ والخاصة بوضع نظام دولى لتسجيل الرسوم والنماذج الصناعية •

أما بالنسبة للقانون المصرى ، فقد أصدر المشرع عدة قوانين تكفل حماية الملكية الصناعية ، فأصدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، ثم أصدر القانون رقم ١١ فى سنة ١٩٤٠ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية ، ثم القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ثم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بشأن الاسماء التجارية •

وقد انضمت مصر الى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية حيث صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على هذه الاتفاقيات ثم صدر مرسوم خاص باصدار هذه الاتفاقيات والعمل بها وذلك فى ١٩٥١/٥/٢١ وأصبحت هذه الاتفاقيات مكملة للتشريعات المصرية الخاصة بحماية الملكية الصناعية والتجارية •

هذا ودراسة القوانين السابق الاشارة اليها والخاصة بالملكية الصناعية والتجارية تدخل ضمن موضوعات القانون التجارى ولذلك لن نتعرض لها بالدراسة هنا •

وانما الذى نتعرض له بالدراسة هنا ونقتصر عليه هو حق المؤلف ، وهذا الحق يظهر فيه بجلاء الطبيعة الخاصة للحقوق الذهنية أو ما اصطلح على تسميته بحقوق الملكية الأدبية والفنية •

وقبل أن نشرع فى تقسيم الدراسة لحقوق المؤلفين ، نورد هنا نبذة مختصرة عن موقف المشرع الدولى والمصرى وما أصدره بشأنها من تشريعات

فعلى المستوى الدولى نجد أن اهم الاتفاقيات التى ابرمت بشان تنظيم حقوق المؤلفين ، اتفاقية "برن" فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ الخاصة بحماية هذه الحقوق ، وقد عدلت هذه الاتفاقية عدة مرات كى تساير التطورات الحديثة فى وسائل النشر ، فعدلت فى مؤتمر باريس ١٨٩٦ ثم فى مؤتمر "برلين" سنة ١٩٠٨ ، ثم مؤتمر "روما" سنة ١٩٢٨ ، ثم مؤتمر "بروكسل" فى ١٩٤٨/٦/٢٦ ، ثم تدخلت هيئة اليونسكو التابعة للأمم المتحدة ونظمت اتفاقية عالمية ثم التوقيع عليها من قبل الاعضاء فى "جنيف" فى السادس من سبتمبر سنة ١٩٥٢ .

أما على المستوى المحلى هنا فى مصر ، فقد أصدر المشرع القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف ، وقبل هذا التاريخ كان القضاء فى مصر يبذل جهودا من أجل حماية حق المؤلف مستلهما ما استقر عليه من قواعد فى الدول الأخرى ، وهذه الحماية كانت قاصرة على الناحية المدنية فقط ولم يكن هناك جزاء جنائى يوقع على المعتدى وما زال الحال فى مصر يحتاج الى قانون جديد يواكب التطورات التكنولوجية الحديثة فى مجال وسائل النشر الذى يشبه المعجزات ، لذلك نهيب بالمشرع لسرعة التدخل بتشريع يساير هذه التطورات بتقضياتها الحديثة .

تقسيم :

فى شأن دراسة حقوق المؤلفين نقسم هذا الفصل الى المباحث الآتية :

المبحث الأول : مضمون حق المؤلف .

المبحث الثانى : خصائص وطبيعة حق المؤلف

المبحث الثالث : نطاق الحماية لحق المؤلف

المبحث الرابع : وسائل الحماية القانونية

المبحث الأول

مضمون حق المؤلـــف

يتمثل هذا المضمون فى مصلحة المؤلف المتولدة عن نتاجه الفكرى المنبعث من شخصيته ، وهذا الخلق الذهنى وثيق الصلة بخالقه ومبتكره ، أو بمعـنى آخر بين المصنف ومؤلفه .

ومن هذه الصلة ينشأ للمؤلف مصلحة معنوية (أدبية) تقتضى ان يمكـن المؤلف من حماية شخصيته التى برزت من نتاج فكره ، ومصلحة أخرى مالية تقتضى أن يكون له وحده الحق فى استغلال مؤلفه والحصول على منافعه المالية

وبناء على ماتقدم يكون للمؤلف على مؤلفه مصلحة مزدوجة ، أو حقـين : حق أدبى وحق مالى ، نعرض لهما على التوالى فى مطلبين :

المطلب الأول

الحق الأدبى

الحق الأدبى من الحقوق التى تمتزج بشخصية المؤلف ، لأن أى مصنف فكرى من خلق الذهن البشرى يحمل بين طياته البصمات التى تميز شخصية وفكر واضعه ، فالانتاج الذهنى يعد جزءا من فكر الانسان وعقليته وملكاتـه والحق الأدبى يأتى فى المقدمة قبل الحق المالى .

ويتضمن الحق الأدبى للمؤلف عدة سلطات تهدف فى مجملها الـى تمكين المؤلف من حماية شخصيته ونتاج فكره . وتتجلى هذه السلطـات فيما يأتى :

١ـ سلطة نشر المصنف

فللمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره (المادة ١/٥ مـن

القانون المصرى المشار اليه سابقا فالمؤلف وحده هو الذى يقدر مدى صلاحية انتاجه الذهنى للنشر وأثر ذلك على سمعته ، كما له تحديد طريقة نشر مؤلفه ، ولا يجوز للغير التدخل بالتعديل فى هذه الطريقة .

غير أن هناك بعض القيود التى تحد من سلطة المؤلف على مؤلفه بعد النشر تمليها المصلحة العامة ، فيمكن تقديم المؤلف بطريقة أخرى دون اذنه مراعاة للصالح العام ، وفى هذا يقول المشرع " للهيئة الاجتماعية حقا فى تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى ، فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية الحقوق المطلقة للمؤلفين لأن الاجيال الانسانية المتعاقبة تساهم — عادة بما تخلقه من آثار فى تكوين المؤلفات " .

وفى سبيل ذلك :

أ — ليس للمؤلف بعد نشر مؤلفه أن يمنع تمثيل أو القاء مؤلفه فى جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، مادام لا يحصل فى نظير ذلك مقابل مادى (م ١١ / ١ مصرى) .

ب — اذا قام شخص بتصوير أو عمل نسخة واحدة من المصنف لاستعماله الشخصى المحض ، لا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك (م ٢ ١ مصرى)

ج — لا يجوز للمؤلف بعد النشر حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة طالما كانت هناك اشارة الى اسم المصنف وصاحبه وقصد من ذلك النقد أو المناقشة .

د — يجوز للصحف والنشرات التلفازية والاذاعية نشر مختصرات لهذه المؤلفات بغير اذن مؤلفيها طالما يذكر اسم المؤلف (م ١٤ / ٢ ، ٤ مصرى) .

هـ — جواز نقل مقتطفات قصيرة فى الكتب الدراسية وكتب الادب والتاريخ والعلوم والفنون طالما ذكر المصدر واسم المؤلف (م ١٧ / ١ ، ٢ مصرى)

و – اذا قامت الهيئات الرسمية باذاعة المصنف أو تمثيله سنمائيا أو مسرحيا فعلى مديرى هذه الهيئات دفع تعويض عادل للمؤلف او لخلفه مع ذكر المصدر واسم المؤلف (م ٣٥/١، ٢ مصرى)

٢ – نسبة المصنف الى المؤلف

يملك المؤلف وحده الحق فى أن ينسب مصنفه اليه على الدوام (م ٩/١/١ مصرى) فله حق نشره باسمه أو باسم مستعار أو بغير اسمه ، وفى الحالتين الاخيرتين يبقى له الحق فى أن يعلن عن شخصيته فى أى وقت مهما طال الزمن وفى حالة نشر المصنف منسوبا الى غيره عليه أن يثبت بكافة طرق الاثبات القانونية نسبة المصنف اليه حتى ولو كان النشر بهذه الصورة قد تم برضاه سابقا .

٣ – سحب المصنف من التداول

تقضى المادة ٤٢ من القانون بأنه " للمؤلف وحده اذا طرأت أسباب خطيرة أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول – برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعوض مقدما من آلت حقوق الاستغلال المالى اليه تعويضا عادلا يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة والا زال كل أثر للحكم " .

وسلطة المؤلف فى سحب مؤلفه من التداول قد تكون بسبب أنه يرى أن استمرار تداول الجمهور لمؤلفه يسىء الى سمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية وهذا راجع لمحض سلطته التقديرية ، كأن يكون المصنف لم يعد مسايرا لتقدم الفكر الحديث أو أصبح تافها لاقيمة له ، لذلك أعطاه القانون سلطة سحب مؤلفه مع مراعاة مانصت عليه المادة ٤٢ السابقة من تعويض من آل اليه حق الاستغلال .

٤- ادخال تعديل أو تحوير في المصنف

من الحقوق الأصلية للمؤلف أن يدخل مايراه من تعديل أو تحوير على مصنفه الفكري سواء بالحذف أو التغيير أو التلخيص أو الشرح أو التعليق عليه أو ترجمته الى لغة أخرى ، ولايجوز لغيره أن يباشر أي شئ من ذلك الا باذن منه أو ممن يخلفه (م ٧ ، ١/٩ مصري)

المطلب الثاني
الحق المالي

تقضي المادة ٢/٥ مصري بأن للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولايجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه . والحكمة من هذا الحكم واضحة فالمصنف هو ثمرة من ثمرات ذهن المؤلف ، وبالتالي يكون له الحق في ثمرات هذا الذهن ، علاوة على أن تشجيع هذا الحق المالي يعمل على نمو الابتكار والانتاج والاستنباط .

وتقضي المادة السادسة من القانون بأن حق الاستغلال يتضمن الآتي :

١- نقل المصنف الى الجمهور بطريقة مباشرة بأية صورة ، وخاصة باحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية ، أو التوزيع الموسيقي ، أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني ، أو الاذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو للصورة أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ، أو نقل الاذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت ، أو بواسطة لوحة التليفزيون بعد وضعها في مكان عام .

٢- نقل المصنف الى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتغرافي أو الصب في قوالب ، أو بأية طريقة اخرى

من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة ، أو عن طريق النشر الفوتغرافي أو السينمائي .

وجملة ماتقدم أن الحق المالي يخول للمؤلف سلطة الاستئثار وحده بثمرات عرض المؤلف أو تقديمه للجمهور ، وهذا هو مايبرر اعتبار هذا الحق من الحقوق المالية ، وبذلك يكون محلا للمعاملات المالية ، وقد اشترط القانون لانعقاد التصرف من قبل الغير في حق الاستغلال ، أن يكون ذلك ثابت بالكتابة وأن يحدد ذلك صراحة وبالتفصيل لكل حق على حده يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ٣٧ مصري) كذلك قد يقوم المؤلف بالاستفادة من مصنفه عن طريق نشر ترجمته ونشره بلغة أخرى ، ولايجوز للغير أن يقوم بهذا العمل دون اذن كتابي منه أوممن يخلفه في ذلك .

المبحث الثاني

خصائص وطبيعة حق المؤلف

نتكلم أولا في هذا المبحث عن خصائص كل من الحق الأدبي وخصائص الحق المالي ، ثم نتكلم ثانيا عن الطبيعة القانونية لهذا الحق ، وبذلك ينقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : خصائص الحق الأدبي والحق المالي

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لحق المؤلف

المطلب الأول

خصائص الحق الأدبي والحق المالي للمؤلف

تتمثل خصائص هذين الحقين فيمايلي :

أولا : خصائص الحق الأدبي

١ـ الحق الأدبى لصيق بشخص المؤلف

فانه لما كان الحق الأدبى حقا غير مالى ، فانه يكون بذلك متصلا بشخصية المؤلف ، ومن الحقوق التى تتمثل فى ذهن صاحبه ، فهو تعبير عن الجانب الفكرى ، وبذلك يكون غير معبر عن الذمة المالية وبالتالى يمتنع التعامل فيه أو التنازل عنه (م ٣٨ مصرى) أو الحجز عليه كما لا يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال مهما تقادم ، ولا ينقضى بالوفاة بل ينتقل الى الورثة ويترتب على ما سبق النتائج الآتية :ـ

(أ) عدم قابلية هذا الحق للتصرف فيه ، ويقع باطلا كل تصرف فى الحقوق المنصوص عليها فى المواد ٥/١ ، ٧/١ الخاصتين بسلطة تقرير النشر وسلطة التعديل والتحوير والمادة ٩ الخاصة بنسبة المصنف الى المؤلف

(ب) عدم تأثيث الحق الأدبى ، فلا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن أى انه ينشأ بمجرد وجود المصنف ويظل قائما الى الأبد طوال حياة المؤلف وأيضا بعد وفاته .

(جـ) عدم جواز الحجز عليه (م ١٠ مصرى)

(د) حق دفع أى اعتداء على الحق الأدبى بكافة الوسائل ، وله الحق فى التعويض عما يصيبه من أضرار نتيجة الاعتداء على حقه الأدبى .

٢ـ حق الورثة فى انتقال الحق الأدبى اليهم

سبق القول بأن هذا الحق لا ينقضى بوفاة المؤلف بل ينتقل الى ورثته ويبقى مؤبدا لا نهاية له أبدا بعكس الحق المالى .

ولا يعنى انتقال الحق الأدبى الى الورثة أن ينسب المصنف اليهم فنسبة المصنف تظل للمؤلف أبد الدهر ، ولكن يعنى الانتقال هنا أن بعض السلطات تنتقل اليهم كالمحافظة على سمعة المؤلف الأدبية والفنية وعدم

الصاق تهم به أو أقوال لم يثبت نشرها عنه .

فللورثة مثلا المحافظة على نسبة المصنف الى مورثهم وعلى بقاء المصنف بحالته التى أرادها له دون حذف او تغيير كما لهم حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى الناتج عن أية تعدى على الحق الأدبى (م ١٩ /٢ مصرى)

كما أنه ليس للورثة سحب المصنف ومنعه من التداول خاصة فى عدم ايصاء المؤلف بذلك ، لأن معنى عدم ايصائه أنه ارتضى بقاء المؤلف معروضا على الجمهور .

كما أنه اذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه انتقل حق تقرير النشر الى من يخلفونه ، واذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر او بتعيين موعد له أو بأى امر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به (م ١٩ مصرى) ومعنى ما سبق هو التقييد بالارادة الصريحة للمؤلف .

غير أن هذا يرد عليه قيد أو ردته المادة ٢٣ من القانون المصرى وهذا القيد يقتضيه الصالح العام ، فاذا ما أحجم الورثة عن نشر المؤلف لأى سبب من الأسباب كعجز مالى او عدم أهلية أو عدم وجود وارث أو خلف للمؤلف فان لوزير التعليم أن يحل محل الورثة فى مباشرة الحقوق الأدبية والمالية وذلك بعد استصدار أمر من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ومع تعويض الورثة تعويضا عادلا حسب ما يقضى به القانون .

ثانيا ـ خصائص الحق المالى

الحق المالى يعبر عن الجانب المادى لحق المؤلف وما يعود عليه ثمرة استغلال هذا المؤلف اقتصاديا ، وهو بهذا يكون من قبيل الحقوق المالية كالحق العينى والحق الشخصى ومن ثم فانه يخضع لنفس القواعد التى تنظم كل حق منهما غير أن الحق المالى للمؤلف يتميز بخصائص تميزه نلخصها فيما يلى :

١ـ عدم جواز الحجز على الحق المالي

وهذا مانصت عليه المادة العاشرة من قانون حماية حق المؤلف المصرى حيث قضت بانه " لايجوز الحجز على حق المؤلف ، وانما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره ولايجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها مالم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته " .

والذى يبين من هذا النص أن الحجز غير جائز للحق الأدبى أما الحق المادى والذى يظهر الى الوجود بمجرد النشر وتبدأ عملية الاستغلال وهنا يصبح هذا الحق محلا للتعامل ويعتبر عنصرا من عناصر الذمة المالية للمؤلف ويدخل فى الضمان العام للدائنين .

ويعنى ماسبق ان استنفاذ المؤلف لسلطته فى النشر وهى لاشك سلطة تقديرية فهى الفيصل بين الجانب الأدبى والحق المالى ، ومتى قرر المؤلف نشر مصنفه فانه حالتئذ يجوز الحجز على الحق المادى فان كان النشر قد تم فانه يجوز الحجز على نسخ المصنف ، وان لم يكن قد تم النشر فانه يجوز الحجز على الحق فى ذاته ويتم النشر لحساب الدائن الحاجز وبذلك يكون الحجز الذى أتى به النص المتقدم يرد على حق المؤلف الذى لم يقرر نشر مصنفه وبذلك فلايجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ، حيث أن الخلف حالتئذ لايستطيعون النشر ، فسلطة الورثه فى تقريرا لنشر او منعه مقيدة بماقرره المؤلف قبل وفاته .

٢ـ حق الاستغلال والتصرف فى الحق المالي

ينعقد حق الاستغلال والتصرف فى الحق المالى لحق المؤلف طوال حياته ، وينتقل بعد وفاته الى ورثته ، وكما ينتقل هذا الحق بالميراث ينتقل كذلك بالوصية فيجوز لصاحب المصنف أن يعين بعض الأشخاص من الورثة ينعقد لهم حق الاستغلال المالى ، وهذا الحكم بعد استثناء من

القاعدة القاضية لعدم الايصاء بأكثر من الثلث للتركة الا اذا أجازها بقية الورثة

فالمشرع فى عملية الايصاء بحق الاستغلال ولو كانت هى كل تركة المؤلف قد راعى أن المصنف خلق ذهنى تظهر فيه شخصية المؤلف ، ومن هنا يترك للمؤلف الحرية فى اختيار من يؤمنهم على مؤلفه .

وسلطة التصرف فى المؤلف تنعقد للمؤلف فله حق الاتفاق مع ناشر سواء تم تأليفه أو لم يتم تأليفه وفى هذا اعمال للقواعد التى تجيز التعامل فى الاشياء المستقبلة ، والتصرف فى حق الاستغلال يعنى التصرف فى الجانب المالى بأكمله أو قد يكون جزئيا أو موقوتا بمدة أو مكان معين .

ويجوز للمؤلف التصرف فى مجموع انتاجه الفكرى مستقبلا (م ٤٠ مصرى) وبمجرد انتقال الحق الى المتصرف اليه يمتنع المؤلف عن مباشرة المؤلف اى عمل من شأنه تعطيل الاستعمال (م ٣/٣٧ مصرى) على انه يشترط لتصرف المؤلف فى مصنفاته الفكرية ان يتم ذلك بطريق الكتابة المفصلة والمحددة لانواع الاستغلال والتصرف .

٢ـ توقيت الحق المالى

الجانب المالى لحق المؤلف هو حق موقت بطبيعته لأنه يعد مالا من الأموال وعنصرا من عناصر الذمة المالية ، وقد اجمعت كافة الشرائع على تأقيت هذا الحق ويتم حساب هذا التأقيت من وقت وفاة المؤلف وينقضى بانتهاء حق الورثة فى احتكار استغلال المؤلف ، وحكمة هذا التأقيت هى ماتقتضيه المصلحة العامة من تيسير نشر انتاج العقل البشرى .

ومدة التأقيت التى نص عليها المشرع هى خمسون عاما بعد وفاة المؤلف (م ٢٠ /١ من القانون المصرى) هذا وتحسب مدة الخمسين سنة من تاريخ وفاة المؤلف ولو كان المصنف لم يتم نشره الا بعد وفاته واذا كان المصنف

مشتركا فالمدة تحسب من تاريخ وفاة آخر مؤلف بقى حيا بعد وفاة الأول .

على أن هذا التأقيت ترد عليه بعض الاستثناءات منها

(أ) المصنفات الفوتغرافية والسينمائية التى يقتصر الأمر فيها على مجرد النقل للمناظر الطبيعية ، مدة الحماية فيها خمسه عشرة سنة فقط وهذه المدة تحسب من تاريخ أول نشر للمصنف (م ٢٠ / ١ مصرى)

(ب) المصنفات المملوكة للأشخاص المعنوية ، تبدأ مدة الحماية من تاريخ نشر المصنف وهى خمسون سنة . وكذلك المصنفات التى تنشر بدون اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار ، فاذا ظل المؤلف مستترا طوال مدة خمسين سنة من تاريخ نشر مصنفه ، انقضى حق الاستغلال بمضى هذه المدة ، أما فى حالة الكشف عن شخصية المؤلف قبل انتهاء هذه المدة ، فان المدة تحسب حينئذ من تاريخ وفاة المؤلف (م ٢١ مصرى) .

المطلب الثانى

الطبيعة القانونية لحق المؤلف

بداية هناك جدل كبير بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية لحق المؤلف ونورد هنا حسب مقام الدراسة نظريتين تمخض عنهما هذا الجدل .

١- نظرية الادماج :

وتذهب الى أنه يوجد ارتباط وثيق بين المصنف وبين الشخصية ، بمعنى أن الأعمال الذهنية تنبثق من ذات الشخصية ، ومن هنا فان حقوق المؤلف سواء الحق الأدبى أو المالى تندمج فى حق واحد يغلب عليها الجانب الأدبى ولا يؤثر ذلك فى حصول المؤلف مقابل اقتصادى من وراء نشر مؤلفه ، وهذا المقابل الاقتصادى لا يقطع الصلة بين المؤلف وعمله الذهنى ، لأن الشخص من حقه الحصول على ربح مالى نتيجة مجهوده ونشاطه الذهنى الذى هو

بمثابة العمل والمجهود البدنى الذى لايمكن ادخاله ضمن عناصر الذمة المالية للشخص .

نقد النظرية :

(١) عملية نشر المؤلف تؤدى الى عد المصنف كقيمة اقتصادية ومالية حيث منذ لحظة النشر يعد المصنف محلا لعقد يولد حقوقا مالية ، وبذلك يسقط القول بأن عملية الاحتكار ترتبط وتخضع لشخصية المؤلف نفسه .

(٢) هذه النظرية تقوم على الخلط بين النشاط وبين نتاج هذا النشاط وثماره ، فتخلط بين العمل وبين ماينتج عن هذا العمل من نتاج مالى كما أن الخلط بين الحق المالى والحق الأدبى يناقض ماأسفر عنه العمل والتجربة

(٣) اختلاف نطاق تطبيق الجانب المادى والجانب الأدبى وذلك فى حالة الاعتداء على الحق المالى والحق الأدبى وترتب ضرر على كل منهما فتقليد المصنف مثلا فيه مساس بالجانب المادى لأنه يقلل من تسويقه ، أما الحذف أو التعديل ففيه مساس بالجانب الأدبى لأن فى ذلك تشويه للمؤلف ذاته .

(٤) اختلاف وقت نشوء الحق الادبى ووقت نشوء الحق المالى حيث لايتولدان فى لحظة واحدة ، فالحق المالى لايتولد الا من تاريخ النشر اما الحق الأدبى فيوجد منذ اللحظة الأولى فى التفكير فى المصنف .

كما انقضاؤهما يختلف أيضا فالحق المالى يخضع للتقادم اما الحق الأدبى فلا يخضع له .

(٥) أن نظرية الادماج فيها تضحية بمصلحة الجماعة والمصلحة العامة ويقيد سلطة الدولة فى هذا الشأن اذا ماأرادت الانتفاع بالمصنف ، اذا ماقيل بامتزاج المصنف بشخصية صاحبه .

٢ـ نظرية الازدواج

كان من أثر الانتقادات التي وجهت لنظرية الادماج أن ظهرت نظرية اخرى سلمت بأن للمؤلف على مصنفه حقين حقا أدبيا وحقا ماليا ، فسلطات المؤلف منها ما هو أدبي ومنها ما هو مالي ، والحقين يختلفان من حيث الهدف من كل منهما وانتقالهما الى الورثة ، فمثلا الحق المالي ينتقل مؤقتا الى الورثة ، أما الحق الأدبي فيتصف بالتأبيد .

والرأى المستقر عليه في هذه النظرية أن الحق الأدبي من الحقوق اللصيقة بشخصية مؤلفه أما طبيعة الحق المالي ففيه جدل بين الفقهاء ، فمنهم من يرى أنه حق ملكية باعتبار أن المؤلف أنتج أفكارا وبالتالي تكون مملوكة له ولكن هذا القول منتقد من جانب أن الحق المالي للمؤلف مؤقت وينقضي بمدة معينة من وفاته ، بينما حق الملكية ينتقل الى الورثة مؤبدا ، بجانب أن حق الملكية يخول المالك سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف والاستعمال لايتصور لحق المؤلف على مصنفه .

ويذهب رأى آخر الى القول بأن تعبير احتكار الاستغلال ليس فيه مايميز حق المؤلف عن غيره من الحقوق المالية ، لأن الحقوق جميعها تتضمن معنى الاحتكار ، فهي تقوم على الاستئثار .

ويذهب رأى آخر الى أن الحق المالي انما يرد على شئ غير مادي وهذا يقربه من الحق العيني الأصلي ، ولذلك يعد الجانب المالي للمؤلف حقا عينيا أصليا ، له كافة مقومات الحق العيني الأصلي والتي تتفق مع طبيعته الخاصة ولايعترض على ذلك بأن الحقوق العينية الأصلية واردة على سبيل الحصر لأن الحصر الوارد هو حصر موضوعي وليس حصرا شكليا ، ومن الممكن ان يكون الحق المالي للمؤلف حقا عينيا طالما توافرت فيه الشروط الموضوعية لأي حق عيني من الحقوق المحصورة موضوعيا .

وهذا الجانب من الفقه يؤيده عدد كبير من الفقهاء مؤسسين ماذهبوا اليه ، أن التكييف السابق يراعى أوجه الخلاف بين حق الملكية والحق المالى للمؤلف ، كما أنه لايغفل اوجه التشابه بين الحق العينى الأصلى والحق المالى للمؤلف من جانب أن كلا منهما حقا ماليا .

المبحث الثالث

نطاق الحماية لحق المؤلف

يشمل نطاق الحماية القانونية لحق المؤلف ،طرق حماية المصنفات الفكرية فى ذاتها ، خاصة اذا ماتم نقلها للاستعمال من قبل الجمهور ، سواء تم نقلها بطريق مباشر أو غير مباشر ، ثم المؤلف فى ذاته وكيفية تمتعه بالحماية القانونية ، وبذلك فان هذا المبحث ينقسم الى مطلبين ، فى الاول نتناول نطاق الحماية للمصنفات الفكرية ، وفى الثانى نطاق الحماية للمؤلف .

المطلب الأول

نطاق الحماية للمصنفات الفكرية

اذا كان العالم يشهد اليوم ثورة ضخمة فى وسائل نقل المعلومات وايصالها الى الجمهور ، فان هذه الثورة شملت جميع وسائل الاتصال الدليل الحى لاثبات الفكر الانسانى .

وتتنوع المصنفات التى تحمل هذا الفكر وتنقله للاستعمال ، فهناك أجهزة الحاسب الآلى ، الفاكس ، التلفزيون ، وهناك البث العادى على الهواء ، والميكروويف والبث بالكابل ، والبث عن طريق الأقمار الصناعية والبرامج المشاهدة والمقروءة على شاشات التلفزيون ، والتلكس ، والسينما والفيديو واسطوانات الليزر ، والكتب المسموعة على أشرطة كاسيت .

ولاشك فى أن هذا التطور المذهل فى ايصال أنواع جديدة من وسائل

الاتصال للفكر الانسانى بطريقة سريعة جدا لدرجة عدم ايقافه الى حدود معينة هذا التطور السريع والتباين والتعدد فى المصنفات الناقلة للمعلومات والفكر الى الجمهور لاشك فى أنه كانت له انعكاسات كثيرة وآثار متعددة جعلتنى أنادى بضرورة مواكبة المشرع لهذه التطورات بتشريع جديد يناهضها فى الفكر العلمى المتقدم حيث أن القانون الحالى مضى عليه مايقرب من نصف قرن ، ولم لا والعالم مقبل على القرن الحادى والعشرين .

ولما كانت وسائل الاتصال (المصنفات) تقوم بنقل الأراء والتحليلات — والمعلومات والفكر الانسانى فى مجمله الى اعداد كبيرة من الناس ، يشمل حديثا معظم سكان الكرة الأرضية ، فماهو السبيل لحماية هذه المصنفات وكيف واجهها القانون المعمول به الآن .

ان القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ عمل على حماية المصنفات فنص فى الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على أن (يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة فى الآداب والعلوم ايا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها) .

وبذلك يدخل فى مفهوم المصنفات التى يحميها القانون ، تلك المصنفات المكتوبة وكذلك المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو بالألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة ، وكذلك المصنفات التى تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب والمصنفات المسرحية والموسيقية سواء صاحب او اقترن بالفاظ أو حركات راقصة كالباليه أو الغناء الاوبرالى ، وما شاكل ذلك من مصنفات متعلقة بالفنون تم ذلك بواسطة أى وسيلة من وسائل الاتصال بالجماهير ، وذلك يعد مصنفا واجب حمايته من قبل القانون ، ولكى يتمتع بالحماية القانونية يشترط لذلك توافر شرطين اساسيين :—

الشرط الأول : أن يكون هناك ابتكار أو جدة في العمل .

فلكي يتمتع المصنف بالحماية القانونية ، يجب أن يتوافر معيار الابتكار فهو الذي على أساسه يتمتع المصنف بالحماية الواجبة قانونا ، علما بأن معنى الابتكار هنا ليس الاختراع ، بل يكفي أن يحمل مفهوم الابتكار تميز في الانتاج الفكري أو الخلق الذهني بشيء من الجدة والأصالة سواء في طريقة عرضه أو التعبير وبشرط بروز شخصية صاحبه في جوهر الفكرة ذاتها قديمة أو حديثة أو طريقة العرض أو التعبير او الترتيب أو التبويب أو الاسلوب .

وجملة ذلك أنه يكفي في الابتكار كشرط للحماية القانونية أن يكون ابتكارا في الشكل وليس الجوهر ، وأيضا يدخل العمل المقتبس في نطاق هذا المعيار ويعتبر عمله مصنفا مبتكرا كمن يقوم بتحويل قصة أدبية الى عمل مسرحي والعمل المترجم من لغة الى أخرى ، يعتبر مصنفا مبتكرا ، لأن المترجم لايقوم بالترجمة الحرفية بل يتدخل لانتقاء الالفاظ التي تجعل من عمله كيانا مستقلا

ويعد ابتكارا من يقوم بتجميع الأحكام القضائية وتبويبها وتصنيفها والتعليق عليها بحيث تبرز شخصية المؤلف ، أما أن اقتصر الأمر على مجرد التجميع المادي للأحكام ، فلا يعد العمل ابتكارا وبالتالي لايخضع للحماية القانونية .

لذلك نجد المادة الثالثة من القانون قد قضت بأن "يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف الى لغة أخرى أو بتحويله من لون من الوان الآداب او الفنون أو العلوم الى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه او بتحريره او بتعديله او بشرحه أو بالتعليق عليه بأي صورة تظهر في شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الاصلي " .

الشرط الثاني : أن تنتقل الفكرة من ذهن المؤلف الى العالم الخارجي.

الحماية القانونية للمصنف لاتتوافر للأفكار الكامنة في النفس بل يشترط خروجها الى العالم الخارجي والتداول حتى يمكن حمايتها ، وتظهر الفكرة الى الخارج

بأى وسيلة من وسائل الاتصال أو بأى صورة من الصور التى أشرت اليها آنفا

فاذا توافر فى المصنف الشرطين السابقين أصبح محل حماية القانون وجديرا بها أيا كانت قيمته أو الغرض منه ، وليس على القاضى أن يبحث عن القيمة العلمية أو الفنية للمصنف ، ولا كذلك الغرض منه سواء كان الغرض علميا أو أدبيا أو فنيا .

على أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل أهمها :

١ــ الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح والاتفاقيات الدولية والاحكام القضائية وغير ذلك من الوثائق الرسمية حيث لا يمكن أن تكون محلا للملكية الخاصة ، فهى ملك عام ، الا اذا تناولها شخص بالتبويب والشرح والتعليق فعندئذ تعد مصنفا جديرا بالحماية بشرط بروز شخصيته فى هذا العمل

٢ــ المقالات والأخبار الصحفية حيث لا يجوز للصحف الأخرى نشر أى مقال أدبى أو علمى أو فنى أو قصة أو مسرحية الا بعد الحصول على موافقة مؤلفيها ويجوز فقط نشر ملخصات لهذه المصنفات بغير اذن المؤلف .

أما بالنسبة للمقالات الصحفية التى تناقش أمورا عامة كسياسية أو اقتصادية أو علمية أو دينية فيجوز للصحف الأخرى أن تنقلها الا اذا كان هناك عدم تصريح بذلك ، ولا تشمل الحماية القانونية الأخبار اليومية والحوادث (م ١٤ مصرى) .

٣ــ المصنفات الشفوية ، مثل المحاضرات والخطب التى تسجل باذن صاحبها تكون محلا للحماية القانونية ، أما المحاضرات والخطب والمواعظ التى تلقى فى الاجتماعات العامة ومثلها المرافعات القضائية العلنية يجوز أن تنشر وتذاع دون اذن من صاحبها ، بشرط أن يكون ذلك على وجه الاخبار بها فقط (م ١٥ مصرى) .

من كل ماتقدم نستخلص ان مناط الحماية القانونية للمصنف الفكرى هى أن يكون مبتكرا سواء من حيث الموضوع او الشكل وفيه جدة ظاهرة تبرز شخصية صاحبه ، وأن يتم تداول هذا المصنف بواسطة وسيلة من وسائل الاتصال وباذن فى الحالات التى تتطلب ذلك .

المطلب الثانى

نطاق الحماية القانونية للمؤلف

المؤلف هو شخص أو أشخاص يقومون بابتكار أو خلق أى مصنف مصحوب بكلام أو بدونه وقد نصت المادة ١/١ مصرى على أنه " يعتبر مؤلفا الشخص الذى نشر المصنف منسوبا اليه سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى الا اذا أقام الدليل على عكس ذلك .

ويجب الا يتبادر الى الذهن أن المقصود بلفظ مؤلف هو من يضع كتابا بل يشمل هذا اللفظ كل من أنتج انتاجا ذهنيا أيا كان نوعه ، كما أن لفظة المصنف والمؤلف لايقتصر على الكتاب وحده بل ينصرف الى كل وسيلة معبرة عن الانتاج الفكرى بصفة عامة ، والتعداد الوارد فى القانون انما ورد على سبيل المثال لا الحصر .

والمصنف اذا تم ابتكاره من قبل شخص واحد وتم نسبة المصنف اليه فالحماية القانونية واجبة لهذا المؤلف وكذلك العنوان للمصنف ذاته ، فمن نشر مصنفا منسوبا اليه يعتبر مؤلفا له وتجب حمايته كما نص القانون الا أن هذه القرينة بسيطة تقبل اثبات العكس حيث من الممكن أن يظهر المؤلف الحقيقى ويثبت أن المؤلف خاص به وبالتالى تنتقل اليه كافة حقوق المؤلف ويحرم منها المؤلف الذى نسب الى نفسه زورا انتاج غيره .

غير أن الصعوبة قد تنشأ فى تحديد صفة المؤلف ومدى حقوقه فى كل من

المصنف المشترك والمصنف الجماعي ونتناولهما بشيء من التفصيل :-

١- المصنف المشترك : هو ذلك الذي يشترك في تأليفه شخصان او أكثر كما يتم عادة في وضع الكتب العلمية المطولة والمصنفات الموسيقية والاستعراضات سواء الموسيقية أو المسرحية أو السينمائية والتلفزيونية حيث يظهر أكثر من جهد فردي يؤدي الى الابتكار المشترك لواضعي المصنف ، هذا وتنقسم المصنفات المشتركة الى نوعين أساسيين :

(أ) نوع لايمكن فيه فصل انتاج المشتركين في التأليف وتمييز جهد كل منهم على حده ، في هذه الحالة يعتبر كل منهم صاحب المصنف حيث تكون الملكية ملكية جماعية بالتساوي بينهما الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، ولايجوز حالئذ انفراد أي منهم بحق المؤلف ، واذا وقع خلاف بينهما تفصل المحكمة مستدلة بما يقدم اليها من وسائل اثبات ، ويجوز لكل واحد منهما رفع الدعاوى عند وجود اعتداء على حق المؤلف في مجمله (م ٢٥ مصري) .

(ب) نوع يمكن فصل وتمييز انتاج المشتركين في المصنف ، بحيث يمكن فصل نصيب كل مشترك في التأليف ، كما هو الحال في المصنفات السينمائية حيث يوجد مؤلف القصة ومؤلف الموسيقى والممثل والمنتج والمصور والمغني والمخرج والسينارست ، والقاعدة أنه لكل واحد حق استغلال ما ألفه ، الا اذا كان هذا الانفراد مؤديا الى الاضرار بوحدة المصنف في مجموعه المشترك والذي أدى الى ظهوره كعمل واحد متكامل ، فيمنع الاستغلال الفردي (م ٢٦ مصري)

٢- المصنف الجماعي : هو الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، بحيث يندمج عمل المشتركين في الهدف العام للمصنف والذي قصده الآمر وحيث لايمكن فصل عمل كل مشترك على حده أو تمييزه (م ٢٧ / ١ مصري) مثل الكتب التي تصدرها

الحكومة ببيان سياستها فى مسالة من المسائل التى تشغل الرأى العام حيث يعهد بذلك الى مجموعة الخبراء فى هذه المسألة ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابقه على أن " يعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفا ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف " حيث أجاز النص أن يكون المؤلف شخصا معنويا .

المبحث الرابع

وسائل الحماية القانونية

حق المؤلف هو حق ملكية خاصة ، ومن دواعى تنظيم هذا الحق وجوب ايجاد وسائل لحمايته ، لذلك نجد المشرع قرر عدة وسائل تعمل فى مجموعها على حماية حق المؤلف ، ومنحته هذه الوسائل امكانية وقف أى اعتداء على هذا الحق أو ازالته عينا أو تعويضا عن الاضرار التى تلحق به وفقا للقواعد العامة فى المسئولية ، فمنحته فى سبيل ذلك اجراءات تحفظية .

وبجانب هذه الاجراءات نص المشرع على عقوبة جنائية يتم توقيعها على كل معتد على فكر الغير ، وسنوضح فيما يلى هذه الجزاءات :ـ

أولا : الاجراءات التحفظية والجزاء المدنى

يلتزم الكافة بالتزام سلبى تجاه المؤلف ، مضمونه عدم الاعتداء على مصنفه الفكرى ، وبالتالى اذا ماوقع اعتداء وجبت ازالته أما عينا أو بالتزام المعتدى أداء مبلغ مالى على سبيل التعويض ، أو يتم الازالة للاعتداء بالطريقتين معا وعلى صاحب المصنف أن يرفع دعوى المطالبة متى تحقق من الاعتداء .

هذا وقد أعطى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بعض الاجراءات التحفظية السريعة لكى يحتفظ المؤلف بحقه لحين الفصل فى النزاع بالطرق القضائية فنص فى المادة ٤٣ من هذا القانون على أنه " لرئيس المحكمة الابتدائية بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه وبمقتضى أمر يصدره على عريضة أن يأمـــر

بالاجراءات التالية بالنسبة لكل مصنف نشر أو عرض بدون اذن كتابى من المؤلف أو ممن يخلفه بالمخالفة لأحكام المواد ٦، ٧ /١ من القانون .

(أولا) : اجراء وصف تفصيلى للمصنف

(ثانيا) : وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته

(ثالثا) : توقيع الحجز على المصنف الأصلى ونسخه .. وكذلك على المواد التى تستعمل فى اعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة الا لاعادة نشر المصنف .

(رابعا) : اثبات الاداء العلنى بالنسبة لايقاع أو تمثيل أو القاء مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العرض القائم أو خطره مستقبلا .

(خامسا) : حصر الايراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير ينتدب لذلك أن اقتضى الحال ، وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميع الأحوال .

ولرئيس المحكمة الابتدائية فى جميع الاحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ وأن يفرض على الطالب ايداع كفالة مناسبة .

ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع الى المحكمة المختصة فى خلال الخمسة عشر يوما التالية بصدور الأمر ، فاذا لم يرفع فى هذا الميعاد زال كل أثر له .

كما قضت المادة ٤٤ من نفس القانون بأنه " يجوز لمن صدر ضده الأمر أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الآمر .

وفى هذه الحالة لرئيس المحكمة ، بعد سماع أقوال طرفى النزاع أن يقضى بتأييد الأمر أو الغائه كليا أو جزئيا أو بتعيين حارس تكون مهمته اعادة نشر أو عرض أو صناعة او استخراج نسخ للمصنف محل النزاع على ان يودع الايراد الناتج فى خزانة المحكمة الى أن يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة .

أما بالنسبة للجزاء المدنى ، فانه طبقا للقواعد العامة فى المسئولية المدنية

اذا اعتدى على حق المؤلف ونتج عن هذا ضرر فانه لابد من وقف هذا الاعتداء عملا على ازالة آثاره والحكم بتعويض عادل ، ولدين التعويض المقضى بـــه امتياز على صافى ثمن بيع الأشياء والمبالغ المحجوزة (م ٤٥ / ٣ مصرى) .

كما تقضى المادة ٤٥ ذاتها بجواز أن تأمر المحكمة بناء على طلب المؤلف باتلاف نسخ أو صور المؤلف أو تغيير معالمها وكذلك المواد المستعملـــة الا أن هناك ثلاثة حالات مستثناة ، من هذا الحكم الذى أتت به المادة ٤٥ مصرى .

(أ) حالة ما اذا كان حق المؤلف سينقضى بعد أقل من سنتين من تاريخ الحكم ، فانه يجوز للمحكمة بدلا من الحكم بالاتلاف أن تحكم بالتعويض ، مع بقاء الحجز التحفظى قائما وعدم المساس بالحق الأدبى للمؤلف .

(ب) الحكم بالتعويض وتثبيت الحجز التحفظى فى حالة ما اذا كان الاعتداء يمثل ترجمة لمصنف الى اللغة العربية دون اذن المؤلف فى خلال خمس سنوات من أول نشر للمصنف .

(جـ) حالة الاعتداء على حق المؤلف المعمارى بانشاء مبان استعملت فيها تصميماته ورسومه على وجه غير مشروع ، حيث لايجوز الحجز على هذه - المبانى أو الحكم باتلافها بل يحكم بالتعويض للمعمارى فقط .

ثانيا - الجزاء الجنائى :

لم يكتف المشرع بتقرير الاجراءات التحفظية السابقة ، والجزاء المدنـــى بل لجعلهما أكثر فاعلية قرر المشرع بعض الجزاءات الجنائية يتم توقيعها علــى كل من يعتدى على حق المؤلف .

فقضى المشرع فى المادة ٤٧ من القانون المصرى بأنه يعتبر مرتكبا لجريمة التقليد ويعاقب بغرامة لاتقل عن عشرة جنيهات ولاتزيد على مائة جنية كل من

ارتكب أحد الأفعال الآتيــة :ـــ

١ـ من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥و٦و٧/ ١ ، ٢ من القانون ، أى كل من قام ، بدون اذن المؤلف بنشر المصنف واستغلاله أو باحداث تعديلات فيه .

٢ـ كل من قام ببيع مصنف مقلد أو أدخل فى مصر من غير اذن المؤلـــف بالخارج مصنفات منشورة بشرط أن تكون خاضعة لحماية القانون .

٣ـ كل من قلد فى مصر مصنفات منشورة بالخارج أو باعها أو صورها وتولى شحنها الى الخـــارج .

وقد نص القانون على حالة العود أيضا ، فاذا عاد الجانى لارتكاب ماقام به من جريمة نص عليها سابقا ، فقد حكم المشرع على الجانى بالحبس مـــدة لاتزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لاتزيد على ثلاثمائه جنيه أو باحدى هاتــين العقوبتين ، كما يجوز فى حالة العود أن تامر المحكمة بغلق المؤسسة الــتى ارتكبت الفعل المخالف غلقا لمدة معينة او نهائيا ، كما يجوز للمحكمة مصادرة الأدوات المخصصة للنشر ومصادرة جميع النسخ المقلدة ، ونشر هذا الحكم فى وسيلة اعلام واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

وقد نصت المادة ٤٩ من القانون ان الحماية التى اسبغها القانون علـى حق المؤلف تسرى فى شأن الطوائف الآتيــة :ـــ

١ـ مصنفات المؤلفين المصريين والأجانب التى تنشر او تمثل او تعــرض لأول مرة فى مصر .

٢ـ مصنفات المؤلفين المصريين التى تنشر أو تمثل او تعرض لأول مــرة فى بلد أجنبى أما مصنفات المؤلفين الاجانب التى تنشر لأول مرة فى بلــد أجنبى فلا يحميها هذا القانون الا اذا كانت محمية من البلد الأجنبى التى

ينتمى اليها صاحب المؤلف وبشرط أن يكون المصريون فيه يتمتعون بحماية مماثلة لما تتمتع به مصنفاتهم المنشورة أو المعروضة لأول مرة فى مصر .

والى هنا ننتهى من الفصل الثالث الذى خصصناه للملكية المعنوية ونلتقى ان شاء الله فى الفصل الرابع حول ملكية الطبقات .

